

**ALCANCES Y LIMITACIONES DE LA PRUEBA DE ADN EN LOS
PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN EN COLOMBIA A
PARTIR DE LA LEY 1060 DE 2006**

YIRA MILENA SAUMETH RAVELO

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA – CUC
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA
2011

**ALCANCES Y LIMITACIONES DE LA PRUEBA DE ADN EN LOS
PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN EN COLOMBIA A
PARTIR DE LA LEY 1060 DE 2006**

Presentado por:
YIRA MILENA SAUMETH RAVELO

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de:
ABOGADA

Asesor:
OMAR SANDOVAL FERNÁNDEZ

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA – CUC
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA

2011

Nota de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Barranquilla, 15 de abril de 2011.

Dedicatoria

Dedicó este trabajo de grado a Dios...

A mi familia, en especial, a mi papá, Javier Saumeth Ravelo; a mi mamá, Elda Ravelo Sánchez; a mi tía, Lida de León; a mi esposo, Ingmar Reyes; y a mis hijos, Javier y Andrés; quienes me han acompañado a lo largo de mi formación académica y profesional, y a la vez me han ofrecido un apoyo incondicional en los distintos objetivos que me he trazado.

A ellos, pues, dedicó el fruto de este esfuerzo.

AGRADECIMIENTOS

Quiero expresar mi sentimiento de gratitud a todas las personas que me apoyaron y colaboraron en la realización de esta monografía.

De igual manera, agradezco los valiosos aportes del doctor Omar Sandoval Fernández, asesor del trabajo de grado; a la doctora Vera Villa Guardiola, Directora de investigaciones de la Facultad de Derecho por su constante apoyo; y en general, a la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de la Costa – CUC, por brindarme esta maravillosa oportunidad de lograr este sueño.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN	10
ABSTRACT	11
INTRODUCCIÓN	12
1. CONCEPCIONES DE FAMILIA, DERECHO DE FAMILIA Y NATURALEZA JURÍDICA	23
1.1 EL CONCEPTO DE FAMILIA	23
1.2 LA FAMILIA COMO OBJETO DE REGULACIÓN	24
1.3 LA LEGISLACIÓN DE FAMILIA Y SU NATURALEZA JURÍDICA	25
1.4 CONFORMACIÓN DE LA FAMILIA	30
1.5 CONSTITUCIÓN DE LA FAMILIA	32
1.5.1 Su estructura	34
1.5.2 Función	35
1.6 PROTECCIÓN DE LA FAMILIA	36
2. EL RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD EN LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA	39
2.1 ANTECEDENTES	39
2.2 DESARROLLO JURISPRUDENCIAL	41
3. ANTECEDENTES DE LA FILIACIÓN	43
3.1 CONCEPTO DE FILIACIÓN	43
3.2 CLASES DE FILIACIÓN	43

3.2.1 Filiación Legítima o matrimonial	43
3.2.2 Filiación Legitimada	45
3.2.3 Filiación extramatrimonial	45
3.3.4 Filiación Adoptiva.....	46
4. IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN	47
4.1 EL PARENTESCO	47
4.1.1 Eliminación del parentesco de ilegitimidad	47
4.1.2 Impugnación de la filiación legítima	48
4.1.3 Filiación matrimonial y su impugnación	50
4.1.4 Determinación de la paternidad.	51
4.1.5 Impugnación por causa de adulterio	51
4.1.6 El concebido durante la separación legal de cuerpos.....	52
4.2 TITULARES DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN.....	53
4.2.1 Impugnación por el hijo.....	54
4.2.2 Impugnación por el marido	57
4.2.3 Impugnación por terceros	58
4.3 PROMOTORES DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN	59
4.3.1 Renuncia al derecho de impugnación de la presunción de paternidad legítima	60
4.3.2 Impugnación por terceros	61
4.3.3 Término para impugnación por herederos	63
4.3.4 Impugnación por ascendientes	63
4.3.5 Representación legal del hijo	64
4.4 LA MATERNIDAD	65
4.4.1 Impugnación de la maternidad.....	65
4.4.2 Término para impugnarla.....	66
4.5 IMPUGNACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN.....	66

5. PRUEBAS DE ADN.....	68
5.1 NOCIONES SOBRE REPRODUCCIÓN	68
5.1.1 Fecundación asistida	68
5.1.2 Inseminación artificial o extracópula	68
5.1.2.1 Inseminación homóloga	69
5.1.2.2 Inseminación heteróloga	69
5.1.3 Fecundación in vitro o extracorporal	69
5.1.4 Arrendamiento de vientre –maternidad subrogada.....	70
5.2 FIABILIDAD DE LA PRUEBA DE ADN.....	70
5.3 PRUEBAS PERTINENTES PARA FUNDAMENTAR LA FILIACIÓN	74
5.3.1 Determinación de la filiación mediante exámenes.....	76
5.3.2 Imposibilidad de desconocer la prueba de ADN	77
5.4 APLICACIÓN DE LA LEY 721 DE 2001.....	78
5.5 ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN A LA FILIACIÓN MATRIMONIAL A LA	
LUZ DE LA LEY 1060 DE 2006.....	88
5.5.1 Casos en que se puede impugnar la filiación matrimonial	89
5.5.1.1 Diferenciación en la legislación anterior cuando se trataba de	
impugnar la filiación matrimonial con respecto a la filiación	
extramatrimonial.....	90
5.5.1.2. Tratamiento de esta diferencia con la nueva ley 1060 de 2006	91
5.5.2. Términos para impugnar.....	92
5.5.3 Personas legitimadas para impugnar.....	93
6. LÍNEA JURISPRUDENCIAL	95
6.1 PROBLEMA JURÍDICO.....	95
6.2 JURISPRUDENCIA	96
6.2.1 Sentencia C-109/95	96

6.2.2 Sentencia C-595/96	96
6.2.3 Sentencia C-1492/00	97
6.2.4 Sentencia C-807/02	98
6.2.5 Sentencia T-307/03.....	99
6.2.6 Sentencia T-997/03.....	99
6.2.7 Sentencia C-310/04	101
6.2.8 Sentencia T-411/04.....	101
6.2.9 Sentencia T-609/04.....	104
6.2.10 Sentencia T-730/04.....	104
6.2.11 Sentencia C-476/05	105
6.2.12 Sentencia T-489/05.....	107
6.2.13 Sentencia C-122/08	108
6.3 NARRATIVA DE LA LÍNEA.....	112
7. CONCLUSIONES	115
BIBLIOGRAFÍA	118

RESUMEN

El propósito del presente trabajo de grado se centra en determinar los alcances y limitaciones de la prueba de ADN en los procesos de impugnación de la filiación en Colombia a partir de la expedición de la Ley 1060 de 2006. El trabajo que se desarrolla se funda en un tipo de investigación de carácter cualitativo y bajo un enfoque descriptivo; para ello, se propone la utilización de fuentes bibliográficas y documentales de orden jurídico que traten el tema desde la legislación, la doctrina y la jurisprudencia colombiana. Para abordar la problemática en cuestión resulta necesario un análisis jurídico-normativo del tema; dicho análisis comprende la interpretación de las normas jurídicas que fundamenten la problemática y su comparación con las doctrinas teóricas y jurisprudenciales existentes al respecto.

Palabras clave: Familia – Paternidad – Impugnación – Filiación – Parentesco – Legitimación – Prueba de ADN – Prueba.

ABSTRACT

The purpose of this graduate work focuses on determining the scope and limitations of DNA testing in the process of contesting parentage in Colombia after the promulgation of Act 1060 of 2006. The work being done is based on a type of qualitative research and on a descriptive approach, to this end, we propose the use of bibliographic and documentary sources of legal order addressing the issue from the legislation, doctrine and jurisprudence Colombian. To address the issue in question is necessary legal and regulatory analysis of the issue, such analysis involves the interpretation of legal norms in support of the problem and its comparison with existing theoretical doctrines and case law in this regard.

Keywords: Family - Parenting - Challenge - Affiliation - Relationship - Standing - DNA Testing - Testing.

INTRODUCCIÓN

La acción de impugnación a la filiación venía siendo regulada en el Código Civil en los artículos 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, por la ley 95 de 1890 y por la Ley 75 de 1968, donde se trataban situaciones en cuanto al establecimiento de términos para iniciarla, eventos en los cuales era posible la impugnación, por personas legitimadas para accionar; pero se hacía necesario una normatividad ajustada a la realidad social y al contexto de familia, conforme a la Constitución Política, a la vez que ajustada a la evolución sociológica donde ésta abandona la estructura convencional, para abrirse a otras posibilidades en cuanto a su conformación.

De otro lado, los avances científicos y tecnológicos, más específicamente la investigación genética y biológica, han permitido que sean traídos al ámbito jurídico, para ser utilizados para el esclarecimiento de situaciones que en materia probatoria permiten al juez establecer la verdad y, por tanto, con un criterio justo, negar o ratificar el vínculo filial entre padre e hijo, y a la vez, establecer la identidad y procedencia de una persona, en cuanto a su origen.

La normatividad respecto a este tema, venía rigiendo a través de la historia con muchos vacíos, en cuanto a las situaciones bajo las cuales se le permitía al marido iniciar la acción de impugnación a la paternidad, y también en cuanto a los términos, ya que dejaba cerrada cualquier posibilidad de iniciar una acción de estas a futuro, aunque el supuesto padre tuviera la certeza de que quien pasaba por hijo suyo, no lo era en realidad.

Esto, es fácilmente demostrable en la actualidad con una prueba como la de ADN, sin embargo, y afortunadamente para dar solución a esos inconvenientes

normativos, se promulgó una nueva ley de impugnación a la paternidad, la 1060 de 2006, que modificó sustancialmente los términos y las situaciones bajo las cuales se puede iniciar la acción de impugnación a la paternidad.

Para la impugnación de la legitimidad presunta anteriormente el artículo 217 del Código Civil establecía que “toda reclamación del marido contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto”¹.

De igual manera, la Ley 95 de 1890 en su artículo 6º estipulaba que “*en cualquier tiempo podrá el marido reclamar contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio*”.

Sin embargo, el artículo 217 del Código Civil fue modificado por el artículo 5º de la Ley 1060 de 2006, al establecer que “*el hijo podrá impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo. En el respectivo proceso el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera. También podrá solicitarla el padre, la madre o quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológico*”. Y agrega el mismo artículo que “*las personas que soliciten la prueba científica lo harán por una sola vez y a costa del interesado; a menos que no cuenten con los recursos necesarios para solicitarla, podrán hacerlo siempre y cuando demuestren ante I.C.B.F. que no tienen los medios, para lo cual gozarán del beneficio de amparo de pobreza consagrado en la Ley 721 de 2001*”.

Precisamente, la Ley 721 de 2001 ha generado un cúmulo de inquietudes, sobre todo en los asuntos relacionados con la paternidad y la maternidad, y es

¹ Adicionado por la Ley 95 de 1890, artículo 5º.

menester hacer un estudio detallado de la misma, en lo que se relaciona con las causas de la paternidad, los aspectos probatorios y los procedimientos para determinarla.

Al expedirse el Código Civil, se establecieron presunciones de paternidad como el raptó, la seducción y el concubinato; luego, por medio de la Ley 153 de 1887, se excluyó el concubinato de las anteriores presunciones, quedando sólo el raptó y la seducción, posteriormente se legisla sobre la materia y se expide la Ley 45 de 1936 que amplía el catálogo de las presunciones, y ya en el año 1968 se expide la Ley 75 que en su artículo 6º incluye una nueva presunción del trato personal y social durante el embarazo y el parto. Al expedirse el Código Civil, los medios de prueba que servían para determinar la paternidad constituían a su vez las causas de la misma así: el artículo 331 del Código Civil preceptuaba: “No es admisible la indagación o presunción de la paternidad por otros medios que los expresados en los artículos precedentes”.

Es importante resaltar que ante la imposibilidad de determinar la paternidad por una prueba directa, el legislador determinó, como causa de la misma, los hechos que estructuran las presunciones, de ahí que el juicio de paternidad sólo estaba dirigido a demostrar el nexo de los hechos estructurales de la presunción invocada y en ningún momento a demostrar el nexo biológico existente entre la persona para quien se promueve el juicio de paternidad y el presunto padre.

El juez declaraba la paternidad si el padre había dado trato de tal a su presunto hijo, o había sido visto con su madre sosteniendo una relación afectiva o se comprobaban sus relaciones sexuales para el tiempo de la concepción, o se probaban durante el desarrollo del embarazo o el parto, que era lo que importaba en el ámbito social; también, y según el artículo 20 de la Ley 57 de

1887, si pese a que el hijo concebido durante el divorcio o la separación de cuerpos de sus padres se reputaba legítimo o si el marido por actos positivos lo reconocía como suyo.

Al limitarse las causas de la paternidad a los hechos que estructuraban las presunciones y los medios probatorios de éstas, se daba libertad a un aspecto determinado, sólo para demostrar que de los hechos se estructura la presunción, es así como la paternidad que se buscaba giraba únicamente en torno al aspecto jurídico social establecido en la ley y no al aspecto biológico que es de gran relevancia en la actualidad.

Ahora bien, al modificarse el artículo 7º de la Ley 75 de 1968, por la Ley 721 de 2001, artículo 1º, se da lugar a la inclusión de exámenes científicos para determinar la paternidad; dicha Ley fue expedida, precisamente, debido a que el legislador tuvo en cuenta los avances de la ciencia en cuanto a la transmisión de los caracteres hereditarios acogidos por la jurisprudencia nacional y consagró como causa de paternidad el nexo biológico dándole un privilegio sobre las otras previstas en la Ley 75 de 1968, sin hacer ninguna exclusión de ellas en particular.

De todo este análisis se puede deducir que el legislador, al promulgar la nueva ley, modificó sustancialmente la Ley 75 de 1968, en cuanto le da marcada preeminencia al nexo biológico como causal de paternidad; casi se puede decir que en la actualidad es el medio idóneo para determinar la paternidad o su impugnación, ya que los demás quedan relegados a un segundo plano y se aplicarían en el evento de que no se disponga de la información de la prueba de ADN.

Antes de la Ley 721 de 2001, el solo hecho de partir de una presunción para determinar la paternidad, se generaba una gran limitante para su comprobación, así exista libertad de medios para demostrar los hechos en que se basan las mismas.

Con todo lo anterior, se puede afirmar que la prueba de ADN es suficiente para acreditar la paternidad o maternidad, porque si arroja alto grado de certeza, se tendría entonces como plena prueba, en todo caso sin considerarla como una tarifa legal, aunque inicialmente así lo había contemplado el legislador en el proyecto preliminar. Sin embargo, la prueba de ADN la debe ordenar el juez en todos los juicios de reclamación o impugnación de la filiación, sin exceptuar los procesos más antiguos.

Inicialmente se ordena la práctica de sólo un examen, pero acorde con lo establecido por el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, pueden ser dos; el segundo sería el que surge a raíz de la objeción o el que pide el juez para la aclaración o complementación del primero, si considera que éste no es suficiente para tomar una decisión.

El término para objetar el resultado del examen de ADN lo establece el artículo 4º de la Ley 721 de 2001 de la siguiente manera:

“Del resultado del examen con marcadores genéticos de ADN se correrá traslado a las partes por el término de tres (3) días, las cuales podrán solicitar dentro de este término la aclaración, modificación y objeción conforme lo establece el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil. La persona que solicite nuevamente la práctica de la prueba deberá asumir los costos (en caso de no asumirlo no se decretará la prueba)”.

Sin embargo, la frase entre paréntesis fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-807 de octubre 3 de 2002. El resto del

inciso 2º del artículo 4º de la Ley 721 de 2001 fue declarado exequible, entendiendo que para la práctica de la prueba el interesado debe suministrar lo necesario dentro del término que señale el juez, conforme a lo previsto en la parte pertinente del artículo 236 del Código de Procedimiento Civil.

En este orden de ideas, a partir del momento en que la persona goza de legitimación fáctica para actuar como demandante o demandada en un proceso, se encuentra habilitada para solicitar la práctica de pruebas de diferente estirpe cronológica, es decir, anticipadas o dentro del proceso mismo, pudiendo incluso pedir el traslado de otras pruebas que ya se hayan practicado en diferentes procesos.

Así entonces, bajo el pretexto del no pago del costo, resulta inconstitucional que se le deniegue a una persona el decreto de la prueba pericial que ha solicitado con base en su objeción por error grave del primer dictamen. Como que, a instancias del condicionamiento pecuniario previsto en el inciso demandado se está quebrantando el principio de la contradicción de la prueba, y por tanto, el debido proceso, al propio tiempo que se desatiende el carácter amplio del derecho de acceso a la justicia.

La expresión “en caso de no asumirlo no se decretará la prueba” encierra un desacato que conspira contra el rigor, la coherencia y el respeto debidos a los mandatos constitucionales ya mencionados. Por consiguiente, y en armonía con las reglas del Código de Procedimiento Civil, especialmente los numerales 5º y 6º del artículo 236 ibídem, la Corte declarará la exequibilidad parcial del segundo inciso del artículo 4º de la Ley 721 de 2001².

² CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C-807 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería.

Una vez practicadas o aportadas las pruebas que conduzcan a demostrar la paternidad, el juez debe proceder a valorarlas según las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades descritas por la ley sustancial, para la existencia y validez de ciertos actos, según lo previsto por el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, que no sufrió modificación alguna.

Ante el avance de la ciencia, y la trascendencia de las pruebas genéticas, los jueces y fiscales han tenido que capacitarse en este campo para poder realizar un estudio y valoración acertados de las pruebas que se practiquen en el área, y poder analizar los dictámenes rendidos por los peritos para poder darle su aceptación, si éstos son elaborados por profesionales idóneos que los practican en laboratorios debidamente acreditados y certificados, cualidades que deben estar garantizadas para el sano desenvolvimiento del proceso.

Los exámenes genéticos que ayudan a probar la paternidad positiva o negativa, según el caso, en principio son practicados por los laboratorios acreditados o certificados, pero también corresponde al Estado realizar estas pruebas a través de los institutos de medicina legal adscritos al Ministerio del Interior y de la Justicia, que prestan apoyo a las diferentes autoridades judiciales y administrativas, entre ellas el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para lograr salir avantes en los procesos de familia donde se pretende probar la paternidad o maternidad.

Si al momento de practicarse la prueba se presenta renuencia del citado para realizarla, La Ley 721 de 2001, en su artículo 3º estatuye que “sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la

prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente”³.

Ahora bien, que el juez deba agotar los mecanismos legítimos que sean necesarios para recaudar la prueba pericial con referencia al ADN, no significa, con todo, que puedan diferir –indefinidamente- el fallo de los procesos de filiación hasta que se practique la prueba, pues semejante postura provocaría iguales o similares injusticias que aquellas que provoca la omisión de practicar las pruebas genéticas necesarias⁴

El procedimiento para adelantar los procesos de inclusión o exclusión de la filiación se rigen por el artículo 11 de la Ley 75 de 1968 reformativo del artículo 86 de la Ley 83 de 1946, que dice: “*Del juicio de filiación natural de un menor conoce el juez de menores, empero muertos el presunto padre o hijo la acción solo podrá intentarse ante el juez civil competente por vía ordinaria*”.

A su vez, el artículo 7º de la Ley 721 de 2001 preceptúa que “*en todos los juicios de filiación de paternidad, o maternidad conocerá el juez competente del domicilio del menor, mediante un procedimiento especial preferente*”, y el procedimiento que se ha de seguir se desarrolla según el artículo 8º de la Ley 721 de 2001, que consiste en que el juez decreta de oficio la prueba de ADN dentro del auto admisorio de la demanda, y corre traslado a las partes por el término de ocho días, y una vez practicada la prueba, procederá a decidir de

³ El indicio que el juez puede deducir contra el demandado en caso de renuencia, presupone que haya agotado –en lo posible- todos los mecanismos previstos en la ley para obtener el recaudo de la prueba. En este sentido, podrá el juez, preservando siempre la garantía constitucional a un debido proceso, el derecho de defensa y el respeto a la dignidad humana, sancionar sucesivamente con multa y, en su caso, arrestar a la persona renuente, en los términos y condiciones previstos en el numeral 1º del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, hasta que se avenga a colaborar en la práctica de la prueba.

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de junio 28 de 2005.

fondo. Con la realización de la prueba de ADN, lo que se pretende es darle un carácter de suma importancia a ésta, que ha sido considerada como “prueba reina” dentro del proceso de filiación e impugnación de la filiación, por su extremada confiabilidad debido a que arroja un grado de certeza del 99.9%, sin dejar por ello de desconocer que en caso de presentarse objeciones, serán resueltas de acuerdo con los procedimientos determinados por la ley.

Como el inciso 2° del numeral 3° de la Ley 75 de 1968 dispuso que la impugnación de la legitimidad se adelante por el trámite señalado en el artículo 14 y, por su parte, los artículos 11 (derogado por el decreto 2737 de 1989) y 13 se refieren a los juicios sobre la filiación natural de un menor, aquí es importante determinar si entonces la impugnación de la paternidad o maternidad corresponde a un asunto de filiación, pues el artículo 7° de la Ley 75 de 1968, explícitamente se refirió a los juicios de investigación de la paternidad o la maternidad, sin decir nada en relación con los juicios de impugnación que de una u otra manera se refieren claramente a la misma materia, y la ley tenía como esencia regular todos los asuntos de filiación positiva o negativa relacionados con los menores de dieciséis años.

Los juicios de filiación y los de impugnación, es importante resaltar, siempre están atacando el estado civil de las personas, bien sea para determinarlo o desestimarlos, caso último en el que se actúa a través de la impugnación.

Analizada la palabra latina *filius* (hijo), podemos clarificar que el término filiación indefectiblemente tiene que ser vinculado para determinar la relación padre e hijo, y como por la parte de la acción de impugnación también se define sobre la filiación de una persona, ésta queda (como hijo) con la facultad de poder vincularse con sus verdaderos padres.

Si analizamos el anterior acápite, el hijo legítimo o legitimado que promueve una acción de impugnación para desvirtuar la filiación que lo relaciona con su padre, aquí lo que está haciendo es desconociendo esa filiación para que una vez concedida por el juez su pretensión, desaparezca el lazo que lo une con su padre, y quede con la oportunidad de investigar quién es en realidad, pues la ley lo ampara para incoar la acción en cualquier momento. De ahí que la impugnación se establezca como una acción de filiación ya que busca desvirtuar una, para poder acceder a buscar su auténtico parentesco o filiación.

La Ley 721 de 2001, que modificó la Ley 75 de 1968, al hablar sobre la filiación, en el inciso 1°, artículo 1° modificador del artículo 7° de la Ley 75 de 1968 dice: “En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%”⁵.

Es por esto que podemos dar interpretación a la ley, admitiendo que así no se hable propiamente de la impugnación como un juicio para determinar la paternidad o la maternidad, sí lo es, ya que cuando hablamos de impugnación de la paternidad o maternidad, la acción realmente está dirigida a desvirtuar esa filiación de paternidad o maternidad existente, quedando el impugnado (hijo) con la facultad de acceder a la justicia para reclamar su filiación en cualquier momento y en relación al presunto padre o madre.

Dice la norma transcrita “En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad”, y precisamente la impugnación es un proceso donde se establece la paternidad o maternidad por vía negativa, ya que lo que se busca con ella no

⁵ Ibid.

es propiamente la filiación del hijo, sino su desafiliación, en relación con el padre o madre impugnante.

De acuerdo a lo planteado, en esta investigación lo que se busca es determinar los alcances y limitaciones de la prueba de ADN en los procesos de impugnación de la filiación; para ello, se hace necesario, en primer lugar, conceptualizar sobre algunas nociones del derecho de familia que nos proporcionen claridad teórica sobre nuestro objeto de investigación; de igual forma, se debe establecer la fiabilidad de la prueba de ADN en los procesos de impugnación de la paternidad; y, por último, es perentorio analizar el carácter de plena prueba que se le atribuye a la prueba genética frente a otros instrumentos probatorios como las declaraciones, testimonios, cartas, mensajes escritos, etc.

De esta manera, este estudio busca convertirse en un referente para el jurista para que pueda determinar los alcances y limitaciones de la prueba de ADN en los procesos de impugnación de la filiación. Ahora bien, nuestra investigación tiene por objeto responder al siguiente interrogante: ¿cuáles son los alcances y limitaciones de la prueba de ADN en los procesos de impugnación de la filiación en Colombia a partir de la expedición de la Ley 1060 de 2006?

1. CONCEPCIONES DE FAMILIA, DERECHO DE FAMILIA Y NATURALEZA JURÍDICA

1.1 EL CONCEPTO DE FAMILIA

El artículo 42 de la Constitución Política colombiana señala expresamente que la familia “*se constituye por vínculos naturales o jurídicos por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla*”. La definición de familia se encuentra en Roberto Suárez Franco quien considera que a la familia se ha asignado dos significados:

“...Uno en sentido amplio, por el cual se comprende aquel grupo de personas que por naturaleza o por derecho están sujetos a la potestad de uno. Es sinónimo de individuos unidos entre sí por vínculos jurídicos o naturales como son el parentesco o el matrimonio, otro en sentido estricto, según el cual se le considera como agrupación de personas cuya generación es común por descender de un mismo tronco o raíz comprende a los padres y a los hijos”⁶.

Para Marco Gerardo Monroy Cabra, la familia “es una institución natural de la cual se vale la sociedad para regular la procreación y la educación de los hijos así como el cumplimiento de sus fines”⁷.

El matrimonio es un vínculo jurídico y es una forma o fuente de alcanzar el reconocimiento de la familia. El fin de la familia no es sólo el de la procreación con el logro de la descendencia, la institución familiar ha cambiado en su estructura y por ello sus fines hoy son diversos y uno de ellos es el fortalecimiento del individuo y su pleno desarrollo en la sociedad sin menoscabo de los derechos fundamentales.

⁶ SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de familia. Bogotá: Temis, 2006. p. 17.

⁷ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de familia. Santa Fe de Bogotá: Jurídica Wilches. 1996. p. 19.

Aunque las condiciones socio-económicas no son el principal ni único factor que determina las formas familiares, debe reconocerse, sobre todo en el ámbito urbano, que factores como la calidad de vida de la población marginada, el desempleo, la violencia y el desplazamiento, el deterioro en los ingresos familiares y los costos de la vivienda y de los servicios, llevan a las familias a buscar nuevas formas de supervivencia, reagrupándose, compartiendo espacios entre parientes, e incluso con personas sin nexos de parentesco. Estos factores entran en juego en un contexto donde la cultura, las costumbres, las creencias y otro tipo de variables inciden en el comportamiento de las personas y la estructura de las familias.

1.2 LA FAMILIA COMO OBJETO DE REGULACIÓN

En la vigencia de la Constitución Nacional de 1886, el individualismo era el espíritu del Estado de derecho. Por tanto, en esa Constitución, la familia no se tenía en cuenta como ente colectivo pues sólo se daba tratamiento jurídico a cada uno de sus miembros como individualidad. La familia en el Estado de derecho no es sujeto de derechos ni de obligaciones, sólo es un objeto de regulación, un ente que debe ser controlado y al que no se le reconoce ningún protagonismo en la sociedad de la que hace parte. En esta forma de Estado, la familia, como se insinuó, no tiene mayor importancia en la vida jurídica, política y social.

A la familia, sin embargo, le es reconocida cierta relevancia en el ámbito patrimonial, continuando con las directrices del Estado liberal donde la libertad es sobre todo frente a la propiedad privada. Este reconocimiento se materializa por medio de la ley contenida en los códigos civiles; allí se presenta un espacio

propicio para la autonomía de la voluntad; se insiste que constitucionalmente la familia no se presenta como sujeto al que haya que prestarle atención.

De igual manera, la ley contenida en los códigos civiles reconocía a cada individuo la posibilidad de contraer matrimonio para fundar una familia (en uso de la libertad nupcial y la autonomía de la voluntad privada), caso en el cual se regulaban el estado civil y los derechos y deberes entre cónyuges y, si había procreación, lo relacionado con la filiación, el parentesco, la patria potestad, la autoridad paterna y los alimentos. Estos derechos-deberes emanados de la ley no incidían directamente en lo patrimonial y es por ello que escapaban a la autonomía de la voluntad. Por tanto, como consecuencia, se les asignan las características del llamado “orden público” como las de ser inenajenables, indisponibles, imprescriptibles, irrenunciables e indivisibles.

1.3 LA LEGISLACIÓN DE FAMILIA Y SU NATURALEZA JURÍDICA

La familia jugó un papel preponderante en los códigos civiles, es decir, se la tenía en cuenta exclusivamente de manera legislativa, y es obvio porque en el Estado de derecho se rendía culto a la ley y no a la Constitución. Por estar la legislación de familia contenida en el código civil, se decía que el derecho de familia era de naturaleza jurídica privada.

Como bien lo manifiesta Suárez Franco⁸, trayendo a colación a Heinrich Lehmann, existía la verdadera posibilidad de que el derecho de familia en el Estado de derecho fuera parte del derecho privado, pues fue un derecho donde la autonomía de la voluntad era factor esencial. Aunque hubo presencia de

⁸ SUÁREZ FRANCO, Roberto. Op. Cit. p. 20.

elementos ajenos a los patrimoniales, era un poco difícil enmarcar la naturaleza del derecho de familia en otra que no fuera la privada:

“Es una misión del derecho privado – sostiene Heinrich Lehmann – fomentar el desenvolvimiento de la personalidad individual. Esta misión la realiza concediendo al individuo una parte de los bienes vitales, creándole un círculo de dominio y haciéndole al propio tiempo posible la configuración de su autonomía. El derecho patrimonial (propiedad y derechos reales) y el derecho de tráfico (obligaciones) son el núcleo de aquella ordenación jurídica privada, y es ello precisamente lo que ocurre con el derecho de familia.

Las legislaciones de ascendencia latina y napoleónica, como la nuestra, han situado el derecho de familia como un aspecto del derecho civil, vale decir, de sus códigos civiles y para ello lo han dividido en dos partes: la primera, que alude al régimen de las personas, se la ha considerado como parte integrante del derecho civil (personas); la segunda, que trata del aspecto patrimonial del matrimonio, se la ha incluido como parte de las obligaciones y de los contratos”⁹.

El profesor Jaramillo Osorio pone de manifiesto que la familia fue regulada principalmente por el derecho privado, esto es, por el derecho civil; afirma incluso que sólo de manera tangencial o indirecta era regida por el derecho de familia. Es perfectamente admisible esa afirmación, pues en el estado de derecho es apenas incipiente la preocupación por la familia y por un derecho especial que la regule:

“... otras disposiciones tocan tangencialmente con el aspecto familiar: encuentran su principal organización en puntos especializados del derecho privado, con una referencia accesorio o indirecta al derecho familiar. Es el caso de las sucesiones por causa de muerte”¹⁰.

En palabras de Montoya Echeverri:

⁹ Ibid. p. 25.

¹⁰ JARAMILLO OSORIO, G. Derecho de Familia y de Menores. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 1991. 163 p.

“... es necesario elaborar un estudio general del derecho de familia como parte que es del derecho civil, puesto que no existe suficiente claridad conceptual acerca de su naturaleza. Es por ello que algunos estudiosos de esta disciplina, lo ubican como parte del derecho privado, mientras que otros lo ven en el derecho público o en una zona intermedia”¹¹.

De otro lado se afirma que “a los órganos de la jurisdicción de familia (especial) no les van a llegar todos los asuntos de familia. Únicamente los que la ley expresamente les atribuya. Los que no les asigne corresponden a la jurisdicción civil ordinaria”¹².

Como puede verse, son varios los doctrinantes que señalan que el derecho de familia formaba parte del derecho civil, por lo tanto, le atribuían una naturaleza jurídica privada por encontrarse las normas que lo regentaban en el código civil. Esta corriente privatista del derecho de familia fue mayoritaria hasta cuando tomó alguna fuerza la corriente de que la naturaleza jurídica del derecho de familia se correspondía con la del derecho público.

Y es que algunos autores tomaron partido por la concepción pública del derecho de familia, claro está, bajo la forma jurídico – política de Estado de derecho, afirmando que por el alto contenido de normas de orden público que presentaba dicho derecho, su naturaleza jurídica debía corresponder al derecho público, así aparecieran dentro de los códigos civiles que, casi en su totalidad, se identifican con el derecho privado.

“Entre las instituciones de derecho civil, tal vez ninguna ha sufrido evolución tan notoria como la familia. Con razón pudo afirmar el ilustre profesor de la universidad de Bolonia, Antonio Cicu, en su famosa obra LA FILIACIÓN, que la legislación de familia ha emprendido, en principio,

¹¹ MONTROYA ECHEVERRI, G. Introducción al Derecho de Familia. Medellín: Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2001. 203 p.

¹² GARCÍA SARMIENTO, E. Derecho de Familia en el Código del Menor. Bogotá: Editorial Librería el foro de la justicia Ltda., 1992. 104 p.

manifestaciones de tránsito, desde la esfera pelicular, y para muchos tradicional, del derecho privado, hacia la más amplia del derecho público”¹³.

El mismo Suárez Franco (1998: 12 – 13), evaluó el carácter de las normas del derecho de familia y atinó a decir que su naturaleza jurídica era pública:

“... a las normas del derecho familiar suele considerárselas como imperativas, de observancia ineludible para aquellos a quienes afecta. La ley exclusiva, y no la voluntad particular, regula la relación, determina en todos sus detalles el contenido y extensión de las potestades, la eficacia de la relación parental, los efectos y el alcance de un estado, sin que al particular le sea dado aportar modificación alguna.

La potestad surge aunque el particular no quiera; el vínculo liga aún contra la voluntad del obligado o cesa aunque haya empeño en hacerlo perdurar; así en el matrimonio, en la filiación legítima, en la tutela y en las relaciones personales. Y si bien se deja un margen de libertad, de autonomía para que campee en él la iniciativa particular, ello sucede excepcionalmente y sólo cuando no se opone al interés general el otorgar tal libertad al particular: así, por ejemplo, en el reconocimiento de la paternidad o maternidad natural”¹⁴.

Planiol, Ripert y André Rouast afirmaron que entre las características más sobresalientes del derecho de familia se encontraban:

“b). El carácter de orden público de la mayoría de sus normas: La familia desempeña un papel tan trascendental de la vida en sociedad, que el estado no puede desentenderse de ella. Un principio casi general en derecho de familia consiste en que las disposiciones legales que la reglan son imperativas, vale decir, de inexorable cumplimiento, y que por consiguiente, no permiten sustraerse a su aplicación por acuerdo de voluntades”¹⁵.

Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad era invitada de honor en algunas disposiciones que regían el derecho de familia (sobre todo en las de

¹³ SUÁREZ FRANCO, R. Op. Cit. p. 39.

¹⁴ Ibid. 39 p.

¹⁵ Citado por: Ibid. 40 p.

contenido patrimonial), también lo es que en algunas otras no tenía cabida por tratarse de disposiciones de carácter imperativo, de inmediato cumplimiento y de interés general, factores limitantes de dicha autonomía.

En la misma línea argumentativa Montoya Echeverri afirma que:

“Los actos de familia están por fuera del comercio jurídico y por tanto, no puede cederse, ni renunciarse; son solemnes como el matrimonio, la adopción, las capitulaciones matrimoniales, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, etc. y por estado civil, sus efectos son absolutos respecto de terceros y Monroy Cabra (1996: 18) anota que algunos autores, como Spota y Lafaille, consideran al derecho de familia como derecho público, por cuanto en las relaciones que disciplina prevalece la idea de dependencia y subordinación, con desplazamiento del principio de la autonomía de la voluntad”¹⁶.

Los doctores, Maria Cristina Coral Borrero y Franklin Torres Cabrera, sostenían:

“Dependiendo de los intereses involucrados en la relación protegida, nos lleva a decir de la naturaleza jurídica de las normas del derecho de familia que son de orden público, por cuanto trascienden el ámbito puramente individual para comprometer los intereses del grupo familiar y de la colectividad, pues la familia, como célula fundamental de la sociedad, compromete a su vez la estructura social”¹⁷.

El profesor Suárez Franco expresó que en el derecho canónico esa era la tendencia: *“otra parece ser la tendencia canónica de que el derecho de familia, salvo algunas disposiciones, forma parte del derecho público”*¹⁸.

Otros estudiosos del derecho de familia optaron por afirmar que la naturaleza jurídica del derecho de familia era ecléctica, pues aunque daba un campo de

¹⁶ MONTOYA ECHEVERRI, G. Op. Cit. p. 207.

¹⁷ CORAL BORRERO, M. y TORRES CABRERA, Franklin. La Familia en la Constitución Nacional de 1991. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley Ltda., 2002. p. 231.

¹⁸ SUÁREZ FRANCO, R. Op. Cit.

acción grande a la autonomía de la voluntad, también poseía buena dosis de normas indisponibles, lo que ponía cortapisas ineludibles al imperio de la voluntad propio del derecho privado.

Ulises Pittí afirmó que:

“Sólo eran disponibles los referentes al régimen económico matrimonial ya que los relativos al matrimonio, estado civil y los alimentos futuros, etc., no podían someterse a condición, plazo, ni modalidad alguna, razón por la cual con buen criterio hay quienes afirman que el derecho de familia ocupaba, desde aquel entonces, un espacio intermedio entre el derecho público y el derecho privado”¹⁹.

Por último, Gloria Montoya Echeverri, manifestó que *“el derecho de familia es de naturaleza privada en su esquema doctrinal, pero en sus alcances y efectos participa de la noción de orden público, porque sus normas presentan un efecto general inmediato y son irretroactivas”*²⁰.

1.4 CONFORMACIÓN DE LA FAMILIA

De acuerdo a las personas que la componen, actualmente no se puede afirmar que exista un solo tipo de familia, pues según estudios realizados y publicados en la cartilla ‘Familia siglo XXI. Hacia la construcción de una vida cotidiana diferente’ hay diversos tipos de familia²¹:

¹⁹ PITTÍ G., U. El Derecho de Familia. En: Rev. Derecho de Familia Número I. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1995. p. 11-15

²⁰ MONTOYA ECHEVERRI, G. Op. Cit. p. 217.

²¹ FLORENZANO U., R. y VALDÉS C., Macarena. Cambios en el ciclo vital de las familias, ¿Qué consecuencias tendrán en los jóvenes del siglo XXI? En: Memorias del Congreso Latinoamericano de Familia siglo XXI. Hacia la construcción de una vida cotidiana diferente. 19-22 abril de 1.994. Medellín. p. 351-391.

- Familiar nuclear: conviven el padre, la madre, los hijos, propios o adoptados, viven bajo el mismo techo y desarrollan sentimientos de afecto, intimidad e identificación.
- Familia extensa: compuesta por varias generaciones abuelos, padres y nietos.
- Familia ampliada: es una familia extensa, más la presencia de otras personas, como compadres, ahijados, amigos, coterráneos.
- Familia poligenética: integrada por una pareja donde uno de ellos o ambos, vienen de haber convivido con otras parejas y de haber roto con ellas. En la nueva familia es frecuente que los hijos sean de diferentes padres o madres. Esta familia la podemos llamar “los míos, los tuyos, los nuestros”.
- Familias con un solo progenitor: se dan cuando hay separación, abandono o muerte de uno de los padres y el otro se queda viviendo con los hijos.
- Padres y madres solteras: se da cuando hay abandono o muerte de uno de los padres y el otro se queda viviendo con los hijos, pero en este caso los padres no se han unido o casado tienen hijos sin estar viviendo en parejas.

Ahora bien, desde el ámbito del derecho, en Colombia se pueden identificar las siguientes tipologías de familia²²:

- Familias patriarcales: En este grupo podemos incluir las que se originan en el matrimonio o en la unión marital de hecho. Estas pueden ser familias extensas o nucleares, tomando en cuenta el número de miembros que la conforman.
- Familias unipaternales o unimaternales: Son las que están conformadas con un solo padre, entre estas tenemos: las familias constituidas por madre soltera o padre soltero. Estas familias están integradas por el padre o la

²² Ibid. p. 351-391.

madre y los hijos; con la consecuencia que el progenitor que no conserva la tenencia, tiene derecho a visitar a sus hijos.

- Familias multifiliales: Son las formadas por padres separados, divorciados con hijos; que se vuelven a casar, conformando otra familia.
- Familias parentales: Se denomina con este nombre a los grupos de parientes, no descendientes unos de otros y que sin embargo constituyen una familia por ser parientes, v. gr., sobrinos-tíos; primos; compadres-ahijados; madre-tía; madre-padrastro y cualquier otra combinación. Deben excluirse de este concepto de familia, los grupos de personas que se forman sin que entre ellos exista parentesco, desde luego se aclara que no son los cónyuges o compañeros ya que ello señala una familia; son las personas que se agrupan para compartir gastos de habitación o techo; igualmente quedan excluidos los que pretenden ser una familia por la unión de homosexuales.

1.5 CONSTITUCIÓN DE LA FAMILIA

El artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, consagra la familia como base de la sociedad, pues el mismo preceptúa "...la familia es el núcleo esencial de la sociedad...", es importante aclarar que la familia es la célula básica de la sociedad y en ella se construyen valores de orden moral y social, los cuales permiten que los integrantes de la misma, desarrollen relaciones intersubjetivas con los demás miembros de la sociedad.

El mismo artículo constitucional consagra que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la **decisión libre de un hombre y una mujer** de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, por ello y con base en esa concepción constitucional se hizo el respectivo desarrollo

legislativo; aunque de manera previo se expidió la ley 54 de 1990, que amparó las uniones de hecho en parejas heterosexuales. Sin ese amparo legal, en las uniones maritales de hecho, cualquiera de los compañeros estaba en total incertidumbre patrimonial.

La finalidad de las normas civiles es proteger derechos de contenido económico y patrimonial, resultantes de las relaciones existentes entre ciudadanos, por ello el matrimonio por su sólo hecho trae implícita la sociedad conyugal, y la declaratoria de las uniones entre compañeros permanentes trae como consecuencia de la misma, el régimen patrimonial entre éstos, es decir, que las uniones que se realicen, a través de vínculos jurídicos, siempre contienen una serie de intereses patrimoniales.

Sin desconocer que las uniones de hecho y de derecho nacen y se desarrollan alrededor de unos lazos de afectividad y ayuda mutua, las relaciones en la pareja pueden sufrir graves deterioros; existen entonces otros elementos que es necesario entrar a regular para su bienestar, por ello el legislador diseñó mecanismos para la protección de los derechos patrimoniales de las parejas.

En la ley 54 de 1990, el legislador reconoce las uniones de hecho entre un hombre y una mujer y les otorga beneficios patrimoniales y de seguridad social; en un principio, se excluyó de estos beneficios a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, lo cual es considerado violatorio de principios constitucionales fundamentales, como el pluralismo consagrado en el artículo 1º de la Constitución Política de Colombia, el libre desarrollo de la personalidad artículo 16º de la misma obra, el derecho a la igualdad artículo 13º, la honra artículo 21º y la libertad de conciencia artículo 18º constitucionales.

De igual modo, la función procreativa de la uniones, y el contenido patrimonial de las mismas, no debe ser entendido desde una perspectiva objetiva y real, pues en nuestra sociedad existen parejas heterosexuales que no procrean, quedándole sólo su elemento económico, pero el ordenamiento para estas situaciones sí consagra un amparo jurídico generando seguridad para las personas que conforman estas parejas.

El proceso de desarrollo que ha venido experimentando la familia tradicional colombiana se manifiesta en dos niveles, el primero, en la estructura, constituida por principios que caracterizan a la familia en un momento dado; el segundo, las funciones, es decir, en las expresiones propias de los principios estructurales, lo que se traduce en la actividad o dinamismo de la familia.

1.5.1 Su estructura

La conforman tres elementos: la jerarquía entre sus miembros, la subordinación de los miembros del grupo y la propiedad colectiva.

El lugar de preferencia lo ocupó el padre, cabeza y jefe del hogar. El trabajo que realiza el padre para alimentar la familia le otorgó una gran posición en el grupo, creando sumisión por parte del resto de la familia. La mujer en la familia tradicional no tuvo participación en la producción; protegida en forma absoluta por el marido, sólo debía dedicarse a la crianza y educación de sus hijos.

En Colombia, antes de la Ley 28 de 1932, la legislación establecía que la mujer era incapaz de administrar sus propios bienes. Con la expedición de la Ley mencionada, a la mujer casada se le reconoció plena capacidad civil y libre administración de sus bienes; por tanto, la potestad marital quedó limitada, restringiendo el poder absoluto del marido sobre la esposa.

Cada miembro de la familia tiene un papel específico que cumplir: el padre, jefe supremo del hogar, se constituye en el proveedor económico de la familia, por lo tanto debía permanecer fuera de su hogar para emplearse en algo y así lograr el sustento de la familia; la madre permanecía en el hogar por todo el tiempo ocupándose de la educación de sus hijos y de los oficios domésticos; los hijos se preparaban intelectualmente y realizaban algunas labores en casa.

Al lado de la sujeción entre individuos por razón de las jerarquías, existió en la familia tradicional una subordinación de los miembros del grupo en virtud de la importancia que este asumió como centro vital de toda la actividad social.

El grupo familiar patriarcal acoge y retiene al individuo a lo largo de su vida, es una subordinación de los miembros del grupo; no sólo se nace y se cría en él, sino que es adiestrado para el trabajo.

En cuanto a la mujer, sólo se tiene una alternativa, la cual es la educación en el matrimonio, mejorando la realización de las labores domésticas cada día.

El carácter externo de la familia tradicional estuvo íntimamente relacionado con la existencia de la propiedad colectiva o patrimonio común, que permitía cierta estabilidad económica a través de las generaciones, sólo una familia extensa podía conservar, aumentar y transmitir ese patrimonio.

1.5.2 Función

En su dinámica la familia aparece como un ente autónomo en la satisfacción de sus necesidades; al lado de las funciones específicas de cada miembro, la institución familiar tuvo las propias, algunas de ellas son²³:

²³ Ibid. p. 351-391.

- Unidad económica de producción y consumo de bienes. La familia tradicional es una institución con un mínimo de economía, resistente a influencias externas; se autoabastecía limitando el intercambio de bienes al círculo de los parientes y los vecinos.
- Centro de educación. La educación se desarrolla en el centro de la familia, sobre la base de la disciplina y la autoridad paterna muy fuertes. La familia promovió la preparación profesional e intelectual para los hijos varones.
- Recreación. La recreación de la familia tradicional se hacía en grupos, bien fuera para hacer visitas a familiares lejanos o para algún evento social.

1.6 PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

Algunos autores²⁴ manifiestan que la familia es objeto de tutela por parte del Estado; dentro de la concepción del Estado Social de Derecho, se protege en su integridad a la familia al entenderla como núcleo social, como organización primaria para el nacimiento de la sociedad. En esa calidad se ha hecho titular de Derechos fundamentales como la honra, la dignidad y la intimidad, por lo anterior, se dice que es sujeto de Derechos, entendiendo que por conducto de miembros suyos, cónyuges, compañeros permanentes, padres, hijos, hermanos, pueden asumir una responsabilidad patrimonial o personal, pudiendo uno de los integrantes reclamar del Estado protección cuando este es negligente en otorgarla.

En el Estado social, la familia no es un objeto como lo era en el de derecho. En el primero, es un verdadero sujeto de derechos y de obligaciones, juega un rol protagónico en la estructura jurídico – política del estado, tanto, que se le

²⁴ MUÑOZ BOLÍVAR, Adriana Maria; PARRA GALEANO, Hugo Alberto y RHENALS PÉREZ, Daniel de Jesús. La protección de la familia a partir de la Constitución de 1991 en Colombia. Medellín, 1999. p. 44.

asigna rango constitucional; la familia es un colectivo que tiene innumerables garantías en todos los ámbitos jurídicos.

Aunque en el Estado social la familia tiene rango constitucional sigue siendo parte de los códigos civiles, sin que exista en ellos modificaciones significativas; es decir, la familia sigue recibiendo el tratamiento decimonónico con algunos asomos constitucionales que en muchas ocasiones no pasan de ser meras manchas en el papel. Esta realidad del derecho de familia es inconcebible en un siglo donde las Cartas Políticas son el alma del Estado.

Suárez Franco, citando a Heinrich Lehmann, expresa que *“el derecho de familia en las legislaciones actuales se conserva aún como una parte del derecho privado, a pesar de ser un derecho eminentemente social, lo cual explica el carácter público de sus normas”*²⁵.

La familia en la Constitución Política de 1991 dejó de ser el objeto que había que regular y se convirtió en el principal sujeto jurídico, teniendo derechos y deberes como cualquier individuo los tenía en el estado de derecho. La familia entonces, superó los límites legales que le impuso el legislador del siglo XIX, así actualmente se le rija por normas contenidas en el Código Civil.

La familia, ciertamente, recibe una amplia protección al ser considerada como institución básica y célula fundamental de la sociedad (Constitución Política de la República de Colombia, artículos 5 y 42 C.P); se le garantizan derechos como la honra, la dignidad y la intimidad. Así mismo se le asignan deberes como el respeto entre sus miembros, el sostenimiento y la educación de los hijos. En pocas palabras, la familia, como ningún otro sujeto, juega un rol de primera línea en la Constitución Política de 1991.

²⁵ SUÁREZ FRANCO, Roberto. Op. Cit. p. 43.

Al ser la familia un sujeto prevalente en la Constitución, de contera el derecho que la rige pasa de ser meramente legal a tener una característica mucho más elevada, la constitucional, así la mayoría de sus normas pervivan en el Código Civil; pues esta condición no atenúa en modo alguno el carácter supralegal que la misma Constitución le otorgó. No tendría sentido decir que sigue teniendo un carácter legal cuando sus fuentes se hallan en la Carta Política.

Así pues, si el derecho de familia tiene su asidero en la Constitución Política, y ésta se erige como motor del Estado social, no cabe duda en afirmar que al derecho de familia se le debe aparejar una naturaleza jurídica social y no una privada o de derecho público como se hacía bajo la vigencia de la Constitución Nacional de 1886.

2. EL RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD EN LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA

2.1 ANTECEDENTES

Desde la promulgación de la Ley 45 de 1936, se establecieron las diferentes formas llamadas a efectuar el reconocimiento de paternidad: notarialmente, mediante la firma del acta de nacimiento, suscripción de escritura pública e inclusión de esa manifestación en un testamento; judicialmente, cuando se formulaba por manifestación expresa y directa, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene. Con la reforma de 1968, por medio de la Ley 75, se amplió la redacción de la disposición inicial en el sentido de incluir el segundo inciso relativo al trámite de citación del pretendido padre para el reconocimiento, pero las formas de reconocimiento, en sí, permanecieron inalteradas.

Así por ejemplo, desde el año 1936, el legislador consideró que el reconocimiento filial podía realizarse bien ante notario, bien ante la autoridad judicial, provocada o espontáneamente, y fijó allí mismo los medios formales en desarrollo de los cuales debía constar ese acto de reconocimiento.

En 1989, el legislador extraordinario expidió una normativa especial, con la confesada finalidad de obtener una descongestión judicial, con el ánimo de despojar a los jueces de asuntos y trámites no contenciosos que saturaban su actividad, en detrimento de su verdadera función definitoria de conflictos. Así, profirió el Decreto 1712, por medio del cual autorizó efectuar la insinuación de las donaciones ante notario público; gracias al Decreto 1900 permitió el trámite del divorcio por mutuo acuerdo ante este mismo funcionario, y por el Decreto 1557 de 1989 autorizó que se presentaran ante notario las declaraciones

extraprocesales bajo juramento, que en tal virtud gozarían del mismo alcance que las rendidas ante el juez civil. Este último decreto permitió que las personas que requerían efectuar manifestaciones o declaraciones, con fines extraprocesales, y que para ello, acudían normalmente ante los jueces, tuvieran la alternativa de concurrir con esa misma finalidad ante los notarios públicos, con el objeto de descongestionar los despachos judiciales, sin perjuicio de que se mantuvo la competencia para recibir declaraciones, a manera de alternativa, cuando había citación de parte contraria²⁶.

No obstante lo anterior, por medio del artículo 10 del Decreto 2272 de 1989, posterior al Decreto 1557 de ese mismo año, se reiteró el contenido medular del numeral cuatro de la Ley 75 de 1968 y se modificó su segundo inciso, específicamente en lo que se refiere a las personas que pueden citar al pretendido padre ante el juez y en relación con el trámite en caso de que éste no concurriera a la citación formulada.

Se desprende de lo visto, que, a pesar, de la genérica facultad otorgada a los notarios públicos para recibir declaraciones juramentadas, el legislador mantuvo la competencia restringida, para conocer de las manifestaciones de reconocimiento de paternidad descritas en el numeral cuatro, en cabeza de los jueces, en la medida en que esta disposición no ha sido derogada, sino más bien ratificada por el legislador extraordinario de 1989.

Del devenir histórico de las normas expuestas, fluye que la comentada disposición de la Ley 45 de 1936, modificada por el artículo 1º de la Ley 75 de 1968, reviste una naturaleza especial, que especifica en cuanto atañe a las formas de las declaraciones de reconocimiento de la reconocimiento de la

²⁶ Cf. Artículo 298 Código de Procedimiento Civil, modificado por el Decreto 2282 de 1989, numeral 129.

paternidad ante notario y juez, mientras que los mandatos del Decreto 1557 de 1989 y el artículo 299 del Código de Procedimiento Civil, en lo tocante con las declaraciones que pueden recibir los notarios públicos, tienen un espectro general, en cuanto éstas pueden realizarse con finalidades extraprocesales y procesales, sin citación de contraparte, y pueden referirse a multitud de asuntos. En efecto, la primera disposición es especial desde dos puntos de vista: en primer lugar, por razón de la materia, pues se refirió expresamente al reconocimiento de la paternidad, en el sentido que se podría efectuar “por manifestaciones expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene” y, en segundo término, definió las formas que debía revestir ese tipo de manifestaciones, cuando se verificaban ante notario (por medio de suscripción del acta de nacimiento, por escritura pública y por declaración dentro del testamento) y ante el juez (expresión de tal naturaleza en el curso de un proceso o en diligencia extraprocesal con citación de la contraparte).

2.2 DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

El reconocimiento de paternidad con base en el numeral 4 del artículo 1º de la Ley 75 de 1968, sólo podrá efectuarse ante juez: la disposición no es extensiva a notarios.

En la medida en que el legislador se pronunció expresa y específicamente en punto a las formas de declaración de la paternidad ante el notario y el juez (Ley 75 de 1968 artículo 1º) y, luego, se refirió a las declaraciones que podía recibir el notario público (Código de Procedimiento Civil artículo 299 y Decreto 1557 de 1989), si, en gracia de discusión, se estimare que hubiere conflicto entre ambas disposiciones –y la Corte advierte no lo evidencia-, debe entenderse, con arreglo al principio de especialidad de la ley consagrado en el artículo 10 del

Código Civil, que este tipo de expresiones de conocimiento en cuestiones de paternidad, deben formularse conforme lo estableció el artículo 1º de la Ley 75 de 1968.

Por tal motivo, no puede pretenderse que el numeral cuatro del artículo primero de la Ley 75 de 1968 fue objeto de una ampliación, por virtud de la posibilidad de que los notarios ahora puedan recibir declaraciones con fines extraprocesal y procesales, pues éstos ya tenían, en ese concreto punto, una competencia asignada, la cual podía desarrollarse mediante las formas ya señaladas (Ley 75 de 1968, artículo 1º a 3º).

Por lo anterior, la Corte precisa que las manifestaciones de reconocimiento de paternidad que se efectúen con base en el numeral cuatro del artículo primero de la Ley 75 de 1968, sólo podrán efectuarse ante jueces de la República, entendidos, claro está, en una más amplia acepción –en orden a cobijar magistrados y árbitros-, no tanta, empero, como para pretender incluir a los señores notarios, ajenos a la función de juzgamiento a aquéllos connatural²⁷.

²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de octubre 18 de 2000.

3. ANTECEDENTES DE LA FILIACIÓN

3.1 CONCEPTO DE FILIACIÓN

La relación filial constituye dos vertientes básicas de innumerables consecuencias jurídicas. De un lado se presentan las figuras de padre o madre, quienes son los progenitores y del otro la del hijo, sobre el cual recae la filiación. Por tanto, la filiación es la relación jurídica existente entre padres e hijos derivada de un nexo biológico y jurídico, ya que no sólo el nexo biológico es constitutivo de la relación filial, pues también la adopción produce todos los derechos y obligaciones propios de esta relación.

Es muy importante diferenciar la filiación del parentesco de consanguinidad, ya que este último corresponde a la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre, definición legal que nos proporciona el artículo 35 del Código Civil.

3.2 CLASES DE FILIACIÓN

3.2.1 Filiación Legítima o matrimonial

Esta filiación se presenta cuando el hijo es concebido encontrándose los padres unidos, por el vínculo del matrimonio, entre sí.

La filiación legítima tiene como origen la relación de carácter matrimonial; todos los hijos concebidos dentro de esta institución se reputan hijos legítimos según lo establecido por la ley. Los hijos legítimos, al acceder al registro civil de

nacimiento, se inscriben en éste tomando como primer apellido el primer apellido de su padre, y como segundo apellido el primero de su madre²⁸.

Los hijos habidos dentro del matrimonio se presumen como tales, si nacen después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, considerándose entonces que fueron concebidos en él y por consiguiente el padre es el marido, o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente, y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial o a la separación de los cónyuges judicialmente declarada.

La filiación legítima se refiere a los hijos legítimos y los hijos legitimados. El autor Gustavo León Jaramillo²⁹, explica estos conceptos remitiéndose al momento de la concepción del hijo es decir, en el caso de los hijos legítimos se habla expresamente, de aquellos concebidos dentro del vínculo matrimonial existente entre sus padres, y precisa los límites de tiempo de la concepción de que habla el Código Civil para establecer la presunción de hijo legítimo, además de las características espaciales o geográficas respecto al domicilio que evidencie que para una fecha determinada, el padre estaba en el domicilio de la madre y por tanto tuvo oportunidad de concebir con ésta el hijo, lo cual permite la viabilidad para establecer esta presunción con respecto al padre; además de otras características fisiológicas que permitan físicamente la procreación, más concretamente la capacidad para engendrar.

²⁸ Ley 54 de 1989.

²⁹ LEÓN JARAMILLO, Gustavo. Derecho de Familia y de Menores. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 1991. p. 300 y ss.

3.2.2 Filiación Legitimada

Ocurre cuando el hijo es concebido antes del matrimonio de sus padres, y estos posteriormente contraen matrimonio entre sí, dándole a este la calidad de legitimado. En otras palabras, los hijos legitimados son aquellos que al momento de la concepción, sus padres no estaban unidos por el vínculo matrimonial, pero que son legitimados por el matrimonio de éstos posteriormente. Así, con la Ley 29 de 1982, artículo 1º, se les confiere a los hijos legitimados los mismos derechos y obligaciones. Y con las sentencias C-149 y C-800 de 2000, la Corte Constitucional ya no hace esa distinción, cuando se trata de derechos patrimoniales.

3.2.3 Filiación extramatrimonial

Cuando la procreación del hijo y el nacimiento del mismo, ocurren sin que los padres hayan contraído matrimonio entre sí, pero se da el reconocimiento. Así, la filiación extramatrimonial está relacionada con el término de hijo natural, concebido y nacido por fuera del vínculo matrimonial de sus padres entre sí, y que se mantiene siempre que no haya matrimonio de éstos.

Las clases de legitimación en la cual se adhieren los hijos concebidos fuera del matrimonio y legitimados por el posterior matrimonio de sus padres, deben tener en cuenta las siguientes condiciones:

1. Legitimación *ipso jure*: La cual opera de pleno derecho cuando el hijo es concebido antes del matrimonio de sus padres y reconocido voluntariamente como hijo extramatrimonial, y luego es legitimado con el matrimonio posterior.
2. Legitimación voluntaria por instrumento público: Deviene de la discrecionalidad de los padres en decidir qué hijo(s) va(n) a ser

legitimado(s). Acá se puede utilizar un documento público y también opera la presunción de la concepción y el nacimiento por fuera del matrimonio, pero también se necesita la aceptación del hijo.

3. Legitimación por instrumento público: Muerto el hijo, igualmente atiende a la discrecionalidad de los padres la legitimación, pero a diferencia del caso anterior, el consentimiento lo manifiestan los descendientes del hijo fallecido.
4. La legitimación y el matrimonio nulo: se parte de la presunción de la buena fe al celebrar el matrimonio, tendiendo a que este produzca los efectos de existencia y eficacia y por ende produzca sus efectos como inherentes a su naturaleza, por ello si posteriormente, dicho matrimonio es declarado nulo, contuvo uno de los elementos que fue el de la existencia y produjo efectos, en este caso fue la legitimidad de los hijos y tal efecto no desaparece con la declaración de la nulidad.

3.3.4 Filiación Adoptiva

Es aquella que se origina con la adopción del hijo, mediante acto solemne por el cual en virtud de la ley y de actos de voluntad se imitan la paternidad y la maternidad.

4. IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN

4.1 EL PARENTESCO

Lo consagra el artículo 38 del Código Civil: *“Parentesco legítimo de consanguinidad es aquel en que todas las generaciones en que resulta, han sido autorizadas por la ley; como el que existe entre dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos, que han sido también hijos legítimos del abuelo común”*.

Hoy en día no existe el parentesco ilegítimo. En efecto el artículo 39 del Código Civil que regulaba el parentesco ilegítimo, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-595 de noviembre 6 de 1996, apartes de la misma que traemos a continuación:

4.1.1 Eliminación del parentesco de ilegitimidad

“A partir de la vigencia de la Ley 29 de 1982, en virtud de lo dispuesto por su artículo 1º, desapareció la “consanguinidad ilegítima” y fue reemplazada por la “extramatrimonial”. Esto, porque si los hijos se clasificaron en legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, con iguales derechos y obligaciones, no se ve cómo puede subsistir un parentesco “ilegítimo”, concretamente, el del hijo. Obsérvese, además, que al desaparecer, según la norma citada, las diferencias entre las tres clases de hijos, en cuanto a sus derechos y obligaciones, desapareció la razón de ser de la distinción entre el parentesco legítimo y el ilegítimo.

De otra parte, la igualdad de derechos de los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, establecida, como se ha dicho, por el artículo 1º de la Ley 29 de 1982, fue elevada a norma constitucional por el inciso sexto del artículo 42 de la

Constitución Política. Siendo esto así, el calificativo de ilegítimo dado a un parentesco no tiene ninguna finalidad, pues sólo la tendría si implicara una diferencia en los derechos.

Finalmente, la declaración de inexequibilidad carece de efectos prácticos. Especialmente, en nada afecta los derechos de las personas, pues desde la vigencia de la Ley 29 de 1982 desaparecieron las diferencias que existían entre los hijos. La igualdad de derechos entre éstos, además, continúa en sus descendientes, como lo ha establecido la Corte.

En síntesis: a juicio de la Corte, la declaración de inexequibilidad es razonable porque elimina la posibilidad de cualquier interpretación equivocada de la expresión “ilegítimo”, y ratifica toda la jurisprudencia sobre la imposibilidad de trato discriminatorio por el origen familiar.

Expresamente se advierte que la declaración de inexequibilidad de los artículos 39 y 48 no implica la desaparición de la afinidad extramatrimonial, es decir, la originada en la unión permanente a que se refieren los artículos 126 y 179 de la Constitución, entre otros. Para todos los efectos legales, la afinidad extramatrimonial sigue existiendo³⁰.

4.1.2 Impugnación de la filiación legítima

La ley consagra que la filiación legítima es impugnabile por el padre o el hijo mismo, ya que por el mero hecho de originarse dentro del matrimonio, no genera que las partes deban admitir el hecho de infidelidad realizado por la madre, quien a raíz de relaciones extramatrimoniales quede en estado de embarazo.

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C-595 de 1996. M.P. Jorge Arango Mejía.

Se deben probar las relaciones que la mujer sostuvo con hombre diferente al marido; o demostrar que estuvo en incapacidad absoluta de poder acceder carnalmente a su mujer, para lograr que prospere la demanda de impugnación

Para la impugnación de la legitimidad presunta el artículo 217 del Código Civil establece:

“El hijo podrá impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo. En el respectivo proceso el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera. También podrá solicitarla el padre, la madre o quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológico. La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente, a menos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultación del parto.

Las personas que soliciten la prueba científica lo harán por una sola vez y a costa del interesado; a menos que no cuenten con los recursos necesarios para solicitarla, podrán hacerlo siempre y cuando demuestren ante I.C.B.F. que no tienen los medios, para lo cual gozarán del beneficio de amparo de pobreza consagrado en la Ley 721 de 2001”³¹.

En este orden de ideas, adicionado por la Ley 95 de 1890 en su artículo 5º, se establece que “en caso de divorcio declarado por causa de adulterio, el marido podrá en cualquier tiempo reclamar contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, siempre que pruebe que durante la época en que pudo tener lugar la concepción no hacía vida conyugal con su mujer. Este derecho no puede ejercitarse sino por el marido mismo”.

Así mismo, la Ley 95 de 1890 en su artículo 6º estipula que “en cualquier tiempo podrá el marido reclamar contra la legitimidad del hijo concebido por su

³¹ CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Artículo 217. El artículo estipula los requisitos y condiciones que se deben tener presentes para impugnar la paternidad o la maternidad, así como la autoridad competente para la realización de la prueba científica.

mujer durante el matrimonio, cuando el nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que la mujer abandonó definitivamente el hogar conyugal, en tanto que el marido no la haya recibido nuevamente en él. Este derecho no podrá ejercitarse sino por el marido mismo”.

Es preciso señalar que la frase final del artículo 6º de la Ley 95 de 1890 se encuentra derogada, por cuanto en virtud del artículo 3º de la Ley 75 de 1968, la facultad de impetrar la impugnación contra la legitimidad del hijo, en vida del marido, no sólo le corresponde a éste, sino también al propio hijo; no sólo cuando su nacimiento se haya efectuado después del décimo mes siguiente al día en que su madre o el marido abandonaron definitivamente el hogar conyugal, sino que también lo puede hacer por las mismas causales con que cuenta el marido según la Corte Constitucional en la sentencia C-109 de 1995.

4.1.3 Filiación matrimonial y su impugnación

Ley 29 de 1982 artículo 1º. “Los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones”.

La igualdad de derechos entre los hijos cobija a los concebidos con asistencia científica. Al respecto, el inciso séptimo del artículo 42 de la Constitución dispone que tendrán iguales derechos y deberes los hijos *“habidos en el matrimonio o por fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica”*. Se reitera así la absoluta igualdad legal entre los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos proclamada por el artículo 1º de la ley 29 de 1982, norma con la cual el derecho colombiano superó de modo definitivo un régimen de filiación abiertamente discriminatorio. Como se recuerda en los textos sobre la materia, sólo en 1936 empezó la ley colombiana a reconocer ciertos derechos mínimos al hijo extramatrimonial, hasta entonces puesto en un injusto plano de inferioridad jurídica.

4.1.4 Determinación de la paternidad.

Su fundamento es una presunción. Cuando el Código Civil en los artículos 213 y 214 dice que “El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho, tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario ...”. Establece sólo una presunción; en cambio cuando dice que tal mujer es la madre legítima, no está presumiendo sino enunciando un hecho. En resumen la maternidad parte de un hecho comprobable por los sentidos, y la paternidad en cambio se presume, pues parte de un hecho no comprobable por los sentidos.

En efecto, el parto nos dice qué mujer es la madre, pero nunca nos dice con la misma evidencia quién es el padre. Esto se debe a que la paternidad no la determina el nacimiento sino un hecho anterior, es decir la concepción, hecho que implica la participación del hombre en un acto sexual con la mujer o simplemente, la donación de espermatozoides, si se trata de fecundación in vitro.

4.1.5 Impugnación por causa de adulterio

El artículo 215 del Código Civil establecía que *“el adulterio de la mujer, aún cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción, no autoriza por sí solo al marido para reconocer al hijo como suyo. Pero probado el adulterio en esa época, se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre”*. Sin embargo, este artículo fue derogado expresamente por el artículo 3 de la Ley 1060 de 2006.

Antes de declararse dicha derogatoria, la Corte Suprema de Justicia se había referido a esta figura de la impugnación por causa de adulterio en los siguientes términos:

“El adulterio de la mujer, destruye la presunción de fidelidad que ampara a las mujeres casadas. El adulterio por sí mismo no autoriza para impugnar la paternidad (Art. 215). No obstante, esta prueba tiene su valor: a) Destruye la presunción de fidelidad que ampara a las mujeres casadas y que sirven de fundamento a la presunción de paternidad; b) Destruída tal presunción de fidelidad de la mujer casada, es poco lo que queda por destruir de la presunción de paternidad; ese poco que es necesario agregar puede consistir en cualquier hecho conducente que justifique que el marido no es el padre (Art. 215, 2º). Es prueba de exclusión que puede consistir: en la imposibilidad moral de cohabitación en razón de enemistad profunda entre los cónyuges; la avanzada edad del marido o una determinada enfermedad del mismo que haga inverosímil la paternidad; también el mismo grado de formación física del niño; el ocultamiento de la preñez o parto por parte de la mujer”³².

Hoy por tanto, la impugnación por causa de adulterio no puede reclamarse por cuanto no se encuentra contemplada en la ley colombiana.

4.1.6 El concebido durante la separación legal de cuerpos

Ley 57 de 1887 artículo 20. No se reputará hijo del marido el concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, a menos de probarse que el marido, por actos positivos, le reconoció como suyo, o que durante el divorcio hubo reconciliación privada entre los cónyuges.

Suspendido legalmente el deber de cohabitación no opera la presunción de legitimidad: la máxima latina *pater is est quem nuptiae demonstrant*, consagrada en los artículos 213 y 214 del Código Civil, que al reputar hijo legítimo al concebido durante el matrimonio impone la paternidad al marido, no es aplicable cuando el hijo, a pesar de haber sido concebido durante el matrimonio, lo fue mientras su madre estaba divorciada o separada legalmente de su marido y por el contrario la presunción rige en todo caso en que no se demuestre que estaba suspendida legalmente la obligación de cohabitar, así el

³² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Cas. Civil, Sent. Feb. 20 de 1958. Vale la pena recordar que al momento de dictarse esta sentencia, aún regían las disposiciones originales del Código Civil, promulgado a finales del siglo XIX por Andrés Bello.

marido y la mujer estuvieran separados de hecho al producirse la concepción del hijo, por abandono del hogar o por cualquier causa. Nótese que en cuanto a los hijos concebidos durante el matrimonio existen estas dos presunciones antagónicas, la una positiva y la otra negativa. Por la primera, que es la positiva se reputa que el hijo concebido durante el matrimonio, es decir el nacido después de 180 días de celebradas las nupcias, tiene por padre al marido de la madre, artículos 213 y 214; y por la segunda, que es la negativa, se presume legalmente que no es hijo del marido el que la mujer casada concibe durante el estado de divorcio o de separación legal, Ley 57 de 1887 artículo 20.

4.2 TITULARES DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN

El Código Civil en el artículo 216 **decía**: “Mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo”, pero esta norma se encuentra reformada por la Ley 75 de 1968, artículo 3º, que también autoriza al propio hijo para reclamar contra su legitimidad.

De otro lado, la Corte Constitucional mediante fallo de constitucionalidad condicionada, en sentencia C-109 de 1995, extendió al hijo las mismas causales con que cuenta el marido.

Es viable la impugnación por parte del hijo: “Antes de la vigencia de la “La Ley Cecilia”, la presunción de paternidad legítima impuesta por la ley al marido, relativa a los hijos concebidos por su mujer durante el matrimonio, a pesar de ser presunción simplemente legal, sólo podía ser impugnada por él mientras viviera, pues, como lo había declarado la Corte, el marido era el juez soberano en ese asunto.

Tal situación fue modificada por la Ley 75 de 1968, artículo 3º, numeral 3º. Expresamente dice la norma citada que, ejercitándose por el hijo este derecho debe hacerlo *“con audiencia del marido y de la madre, o de sus herederos si ya hubieren muerto ellos”*. Brota del texto legal transcrito que bajo la vigencia de esta norma, son ya dos las personas que, viviendo el marido, pueden reclamar contra la legitimidad presunta del hijo concebido durante el matrimonio, a saber: el hijo mismo y el marido. *“Cuando es el primero quien ejercita la acción de impugnación, para que pueda decidirse sobre la relación sustancial nacida de la dicha presunción de legitimidad, expresamente la ley exige que al proceso sean citados la madre y el marido de ésta; y si uno de ellos ha fallecido, deben ser citados sus respectivos herederos”*³³.

Sin embargo hoy el artículo 216 del código civil amplía el número de personas con legitimación por activa cuando preceptúa. “Podrá impugnar la paternidad del hijo nacido durante el matrimonio o en vigencia de la unión marital de hecho, el cónyuge o compañero permanente y la madre dentro de los ciento cuarenta (140) días subsiguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológico”.

4.2.1 Impugnación por el hijo

El hijo también puede impugnar la paternidad por las mismas causales con que cuenta el marido; así por ejemplo, dispone el artículo 213 del Código Civil que *“el hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad”*, mandato que, entre otras razones, encuentra explicación en los

³³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de junio 19 de 1.975, en igual sentido sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 30 de julio, y del 9 y 22 de octubre de 1976.

deberes de cohabitación y fidelidad que la misma ley impone a los esposos o compañeros permanentes, de cuyo presunto cumplimiento puede inferirse que el hijo concebido por mujer casada o que viva en unión de hecho tiene por padre al marido o compañero. –pater is est quem nuptiae demostrant-.

Por ostentar carácter legal la presunción contemplada en la indicada norma, síguese de ella la posibilidad de ser desvirtuada, facultad que al momento en que entró a regir la Ley 75 de 1968 estuvo radicada únicamente en cabeza del marido en tanto se encontrara vivo (C.C. art. 216), pero que por mandato del artículo 3º del precitado ordenamiento legal se amplió en favor del hijo mismo, quien, reza el texto, *“el hijo podrá impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo. En el respectivo proceso el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera. También podrá solicitarla el padre, la madre o quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológico”*; de esta manera, a partir de la fecha en que empezó a producir efectos la ley en mención desapareció el pensamiento otrora vigente en el Código Civil, según el cual, con palabras de la jurisprudencia, había de erigirse “al hombre casado como árbitro supremo de su paternidad legítima presunta”, debido a que “el marido era el juez soberano en este asunto”.

Acerca de dicha norma, que en principio literalmente pareciera contemplar un tratamiento marcadamente restrictivo para el hijo, pues, a diferencia de lo que ocurre con el padre, de su lectura emerge que se le impide a aquel combatir su filiación legítima paterna por causas diferentes a la consagrada en el propio precepto, ha de verse cómo la jurisprudencia constitucional, tras considerar el hecho de que tanto el padre como el hijo tienen interés jurídico para impugnar la presunción de paternidad cuando ella denota una relación filial irreal, por cuanto a ambos los afecta el mantenimiento de ese estado de cosas, al decidir la demanda de inconstitucionalidad planteada en relación con el citado artículo 3º

de la Ley 75 de 1968, en Sentencia C-109 de 15 de marzo de 1995, resolvió declarar EXEQUIBLE el aparte “*cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal*”³⁴, siempre y cuando se interprete que, además de esta causal, y en virtud del derecho que toda persona tiene de reclamar su verdadera filiación y del principio de igualdad de derechos dentro de las relaciones familiares, consagrados en la Constitución, el hijo de mujer casada cuenta otras posibilidades para impugnar la presunción de paternidad, así: de un lado, si el hijo acumula la impugnación de paternidad, con una acción de reclamación de paternidad, deberá darse aplicación preferente al artículo 406 del Código Civil; de otro lado, en todos los casos, el hijo contará con las causales previstas para el marido en los artículos 214 y 215 del Código Civil y en el artículo 5º de la Ley 95 de 1890.

Habida consideración de que, evidentemente, de aplicarse los preceptos de esa legislación, posiblemente entendible para la época, es por lo que habría de darse un tratamiento marcadamente discriminatorio frente a la Constitución Nacional a los entonces llamados hijos adulterinos, toda vez que, de atender el momento de su expedición, aquellos apenas podrían disponer de una causal que les permitiera impugnar la presunción de paternidad, cuando, en cambio, el padre gozaba de otras causales, es por lo que la jurisprudencia actualmente debe reconocer, a tono con las circunstancias del presente, que el hijo de mujer casada o compañera permanente para iniciar el respectivo proceso cuenta con los mismos motivos de los que aquel dispone, bajo la cabal orientación de que a los mismos ha de asistirles el derecho a indagar acerca de su filiación real que les permita conocer su verdadero hogar.

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C-109 de 1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Entonces, ahora no hay duda de que en vida del marido la acción de impugnación de la paternidad legítima presunta puede ser también intentada por el hijo, quien con ese fin está facultado para invocar, amén de la causal consagrada en el artículo 3º de la Ley 75 de 1968, cualquiera otra de las antes reservadas de manera exclusiva al padre, esto es, cuando prueba que durante todo el tiempo en que, según el artículo 92 del Código Civil se presume la concepción, este estuvo en imposibilidad física de acceder a su mujer o cuando el nacimiento se haya verificado después del décimo mes al día en que la mujer abandonó definitivamente el hogar conyugal, siempre que no haya sido recibida nuevamente en él; sujeto a lo presupuestado por el artículo 217 del Código Civil, puesto que su derecho de acción puede ejercerlo en cualquier tiempo³⁵.

4.2.2 Impugnación por el marido

Artículo 214 del Código Civil: “El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad. ”.

“Cabe anotar que, doctrinariamente, la hipótesis de la absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, como medio de impugnar la presunción de paternidad según los artículos 214 del Código Civil y 4º inciso final de la Ley 45 de 1936, comprendía no solamente los casos en que realmente el varón estaba imposibilitado para realizar el acto sexual como el de la ausencia durante la época en que se presume la concepción o el de la impotencia coeundi, sino también el de la impotencia generandi, pues el acceso carnal a que se refiere la ley no es el de una relación sexual cualquiera, sino el que por su naturaleza es idóneo para producir la concepción. Y ello tiene que ser así, pues la presunción de paternidad encuentra su razón de ser en la relación de causalidad existente entre el acto sexual idóneo para procrear y la concepción. Resultaría absurdo, por

³⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de febrero 18 de 2004.

contrariar la naturaleza misma de las cosas que por el solo hecho de hallarse el varón capacitado para realizar el acto sexual, se le tuviera como padre del hijo concebido por su mujer o su concubina, si por otra parte, es evidente que carece de aptitud para engendrar”³⁶.

En la actualidad, el artículo 218 del Código Civil contempla lo siguiente: *“El juez competente que adelante el proceso de reclamación o impugnación de la paternidad o maternidad, de oficio o a petición de parte, vinculará al proceso, siempre que fuere posible, al presunto padre biológico o la presunta madre biológica, con el fin de ser declarado en la misma actuación procesal la paternidad o la maternidad, en aras de proteger los derechos del menor, en especial el de tener una verdadera identidad y un nombre”*.

4.2.3 Impugnación por terceros

Hasta hace unos años, la impugnación podía ser realizada únicamente por los herederos del padre; sobre este particular, el artículo 219 del Código Civil establecía lo siguiente:

“Si el marido muere antes de vencido el término que le conceden las leyes para declarar que no reconoce al hijo como suyo, podrán hacerlo en los mismos términos los herederos del marido, y en general toda persona a quien la pretendida legitimidad del hijo irrogare perjuicio actual. Cesará este derecho si el padre hubiere reconocido al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público”³⁷.

Con la modificación introducida por el artículo 7 de la Ley 1060 de 2006, la norma amplió la impugnación, quedando ésta, ya no sólo en manos de los herederos del padre, sino también de la madre:

Los herederos podrán impugnar la paternidad o la maternidad desde el momento en que conocieron del fallecimiento del padre o la madre o con

³⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de febrero 24 de 1970.

³⁷ CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Artículo 219 (Legislación anterior).

posterioridad a esta; o desde el momento en que conocieron del nacimiento del hijo, de lo contrario el término para impugnar será de 140 días. Pero cesará este derecho si el padre o la madre hubieren reconocido expresamente al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público. Si los interesados hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes sin contradicción del pretendido hijo, podrán oponerle la excepción en cualquier tiempo que él o sus herederos le disputaren sus derechos³⁸.

4.3 PROMOTORES DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN

Conviene precisar que desde la vigencia del Código Civil, tanto en relación con el hijo póstumo como relativamente al caso en que el marido falleciera antes de vencido el término que le conceden las leyes para declarar que no reconoce al hijo como suyo, la acción de impugnación de la paternidad legítima presunta podía y puede todavía ser promovida por los ascendientes legítimos del marido, por su herederos y por toda persona a quien la pretendida legitimidad del hijo irrogare perjuicio actual, en la circunstancia y dentro de los términos señalados en los artículos 219, 220 y 222 del Código Civil:

ARTICULO 219. IMPUGNACIÓN POR HEREDEROS: Los herederos podrán impugnar la paternidad o la maternidad desde el momento en que conocieron del fallecimiento del padre o la madre o con posterioridad a esta; o desde el momento en que conocieron del nacimiento del hijo, de lo contrario el término para impugnar será de 140 días. Pero cesará este derecho si el padre o la madre hubieren reconocido expresamente al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público. Si los interesados hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes sin contradicción del pretendido hijo, podrán oponerle la excepción en cualquier tiempo que él o sus herederos le disputaren sus derechos.

ARTICULO 220. IMPUGNACION POR TERCEROS: A petición de cualquiera persona que tenga interés actual en ello, declarará el juez la ilegitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio. Si el marido estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer desde antes de la

³⁸ CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Artículo 219. Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1060 de 2006.

disolución del matrimonio, se contarán los trescientos días desde la fecha en que empezó esta imposibilidad. Lo dicho acerca de la disolución se aplica al caso de la separación de los cónyuges por declaración de nulidad del matrimonio.

ARTICULO 222. IMPUGNACIÓN POR ASCENDIENTES: Los ascendientes del padre o la madre tendrán derecho para impugnar la paternidad o la maternidad, aunque no tengan parte alguna en la sucesión de sus hijos, pero únicamente podrán intentar la acción con posterioridad a la muerte de estos y a más tardar dentro de los 140 días al conocimiento de la muerte.

4.3.1 Renuncia al derecho de impugnación de la presunción de paternidad legítima

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia³⁹ determinó que los hijos concebidos por mujer casada reputase que son legítimos y que tienen por padre al marido de ésta, no obstante esa legitimidad presunta puede ser impugnada por el marido mismo mientras viva, siempre que hagan la reclamación como regla general, dentro de los ciento cuarenta días (140) días contados desde cuando conoció el hecho del parto: pero si el marido muere antes de vencerse este plazo podrán impugnar la legitimidad presunta sus herederos y toda persona a quien la pretendida legitimidad del hijo irrogare perjuicio actual, menos cuando el padre por acto testamentario o mediante otro instrumento público, hubiere reconocido al hijo como suyo. En esta última circunstancia el legislador no da trascendencia al hecho de que aún no se haya extinguido el término que concede al marido para atacar la legitimidad presunta de su hijo, precisamente porque el reconocimiento expreso del padre entraña o comporta renuncia al derecho de impugnación, derecho que en la familia legítima, mira su propio interés.

³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Cas. Civil, Sent. Septiembre 22 de 1978.

La presunción legal de legitimidad que cobija al hijo concebido durante el matrimonio de sus padres y que tiene como fundamento otra presunción: la fidelidad de las mujeres casadas, que se hace inexpugnable frente a los herederos del marido aunque éste haya fallecido sin fenecer el plazo que le otorga la ley para impugnar la pretendida legitimidad. Si el marido, pues, en cambio de ejercer el derecho de impugnación por medio del reconocimiento reafirma esa paternidad, aceptándola así claramente, esa circunstancia cierra definitivamente a sus herederos la posibilidad de entrar a discutir el hecho de la paternidad legítima que está indisolublemente unido a la maternidad legítima.

4.3.2 Impugnación por terceros

De acuerdo con el artículo 220 del Código Civil:

A petición de cualquiera persona que tenga interés actual en ello, declarará el juez la ilegitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio. Si el marido estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer desde antes de la disolución del matrimonio, se contarán los trescientos días desde la fecha en que empezó esta imposibilidad. Lo dicho acerca de la disolución se aplica al caso de la separación de los cónyuges por declaración de nulidad del matrimonio⁴⁰.

Según el tratadista Valencia Zea⁴¹, el artículo 220 del Código Civil es una norma absurda, ya que si se aplica literalmente este artículo, fatalmente se llegará a las siguientes consecuencias:

1. Los hijos dados a luz por la mujer viuda después de expirados los trescientos días subsiguientes a la muerte del marido, a la nulidad del matrimonio o divorcio, se tendrán por legítimos o matrimoniales.

⁴⁰ CÓDIGO CIVIL. Artículo 220.

⁴¹ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil Tomo VI. Bogotá: Ed. Temis, 2000. pág. 406.

2. Se concede acción a cualquier persona que justifique un interés actual, para pedir la declaración de ilegitimidad. Si no se ejerce la acción de desconocimiento, tales hijos se tendrán por legítimos o matrimoniales.

La regla del artículo 220 del Código Civil, tiene su origen en el antiguo artículo 315 del Código de Napoleón. La Ley Francesa 72-3 del 3 de enero de 1972 corrigió aquella absurda disposición dando una nueva redacción al citado artículo 315.

La sabia corrección que realizó el legislador francés del antiguo artículo 315 mediante la citada ley del 3 de enero de 1972, deben hacerla la doctrina y la jurisprudencia colombianas mediante una correcta interpretación de los diversos textos legales que se refieren a esta cuestión. En efecto, los artículos 92, 213 y 214 del código establecen que el hijo legítimo matrimonial es concebido dentro del matrimonio de sus padres; que la gestación del ser humano dura entre 180 y 300 días; en consecuencia, hijos dados a luz por mujer después de trescientos días de disolución de su matrimonio no quedan cobijados con la presunción de paternidad legítima o matrimonial. Al lado de dichos textos legales nos encontramos con el artículo 220 que, por grave error, dice que el hijo dado a luz después de trescientos días de disolución del matrimonio es hijo legítimo o matrimonial, y es necesario impugnar semejante ilegitimidad. Ante la contradicción entre el principio de los artículos 92, 213 y 214, por una parte, y la del 220, es necesario hacer prevalecer lo estatuido por los dichos artículos 92, 213 y 214, dejando sin efecto la absurda regla del 220.

En resumen: los hijos dados a luz por mujer viuda, divorciada, o por aquella cuyo matrimonio se declaró nulo, no quedan amparados por la presunción de legitimidad a que se refieren los artículos 213 y 214, en caso de que hayan

nacido después de vencerse los 300 días a partir de la muerte del marido o de haberse ejecutoriado la sentencia de divorcio o nulidad.

4.3.3 Término para impugnación por herederos

De acuerdo con el artículo 219 del Código Civil (modificado por el artículo 7 de la Ley 1060 de 2006), los herederos podrán impugnar la paternidad o la maternidad desde el momento en que conocieron del fallecimiento del padre o la madre o con posterioridad a esta; o desde el momento en que conocieron del nacimiento del hijo, de lo contrario el término para impugnar será de 140 días. Pero cesará este derecho si el padre o la madre hubieren reconocido expresamente al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público. Si los interesados hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes sin contradicción del pretendido hijo, podrán oponerle la excepción en cualquier tiempo que él o sus herederos le disputaren sus derechos.

4.3.4 Impugnación por ascendientes

La norma anterior establecía que sólo los ascendientes del marido tenían derecho para provocar el juicio de ilegitimidad, aunque no tengan parte alguna en la sucesión del marido; pero deberán hacerlo dentro de los plazos señalados en el artículo precedente. En la actualidad, con la modificación introducida por la Ley 1060 de 2006, esta impugnación quedó ampliada de la siguiente manera: *“Los ascendientes del padre o la madre tendrán derecho para impugnar la paternidad o la maternidad, aunque no tengan parte alguna en la sucesión de sus hijos, pero únicamente podrán intentar la acción con posterioridad a la muerte de estos y a más tardar dentro de los 140 días al conocimiento de la muerte”*⁴².

⁴² CÓDIGO CIVIL. Artículo 222. Artículo modificado por el artículo 8 de la Ley 1060 de 2006.

4.3.5 Representación legal del hijo

Si bien en el régimen original del Código Civil, la madre legítima, por no ser titular de la patria potestad, no podía representar legalmente a su hijo en el proceso de impugnación de la paternidad legítima y tenía, por tanto, que ser citada y no obligada a comparecer al mismo, para que pudiera defender su interés de madre (artículos 62 y 223, inciso 2º, Código Civil en su texto original), no es menos cierto que, al reformarse dicho régimen, aquella no sólo se encuentra facultada para actuar como representante del hijo en dicho proceso sin necesidad de ser citada posteriormente, sino también se mantuvo en su favor la carga de ser citada cuando no ha intervenido en dicho proceso. De allí que en aquel caso, según estima la Corte Suprema de Justicia⁴³, que es el que aquí interesa, cuando la madre legítima y titular de la patria potestad, apoyada en la facultad especial que le otorga el artículo 306 del Código Civil, asume la representación judicial de su hijo legítimo, para ejercer en su nombre la acción de impugnación de paternidad legítima, no sólo interviene en el proceso como representante legal del hijo demandante, sino que también en forma personal adopta implícitamente con dicho libelo demandatorio una postura favorable o coincidente con el interés de este último que no es otro que el interés común que ambos, (el de la madre representante e interesada y el del hijo representado, parte demandante), en la destrucción de la mencionada presunción legal de la paternidad legítima.

Hoy por hoy, el artículo 223 del Código Civil determina que una vez impugnada la filiación del hijo, si este fuere menor de edad, el juez nombrará curador al que lo necesitare para que le defienda en el proceso.

⁴³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de febrero 3 de 1998.

4.4 LA MATERNIDAD

4.4.1 Impugnación de la maternidad

Según el artículo 335 del Código Civil, por impugnación de la maternidad se entiende lo siguiente:

La maternidad esto es el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada, probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero. Tienen derecho a impugnarla:

1. El marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta, para desconocer la legitimidad del hijo.
2. Los verdaderos padre y madre legítimos del hijo, para conferirle a él, o a sus descendientes legítimos los derechos de familia en la suya.
3. La verdadera madre para exigir alimentos al hijo.

La acción tendiente a obtener la declaración de que una persona carece de la filiación materna que ostenta, por no corresponder ella a la realidad, o lo que es lo mismo obtener la acción de impugnación sustancial del registro y, por ahí mismo, de la maternidad en él afirmada para que se deje sin efecto la correspondiente partida afectada de falsedad ideológica, sólo es viable legalmente a la luz del artículo 335 del Código Civil, acción que está en manos no sólo de la supuesta madre partícipe del engaño sino igualmente de la inocente que se enteró posteriormente de ese hecho, quienes en principio tienen el mismo término para promover la acción de esclarecimiento judicial (así se persiga la declaración de nulidad, invalidez e ineficacia, o la inoponibilidad del registro, y que en todos los casos tiene indistintamente como punto de partida “el hecho falso declarado en la correspondiente acta del estado civil”), con la única diferencia de que para la supuesta madre inocente contemplaba el bienio adicional para promover la acción, cuando se daban las circunstancias señalada en el inciso 2º del artículo 336 del Código Civil; bienio que como el

mismo precepto lo indicaba era *“contado desde la revelación justificada del hecho ‘inopinado que para ella ha surgido’*”⁴⁴.

4.4.2 Término para impugnarla

Anteriormente, el artículo 336 Código Civil establecía que las personas designadas en el artículo 335 no podrán impugnar la maternidad después de transcurridos diez años, contados desde la fecha del parto. Con todo en el caso de salir inopinadamente a luz algún hecho incompatible con la maternidad putativa, podrá subsistir o revivir la acción anterior por un bienio contado desde la revelación justificada del hecho. En la actualidad, dicho artículo se encuentra derogado, según lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 1060 de 2006.

4.5 IMPUGNACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN

El texto original del artículo 248 del Código civil establecía que no serán oídos contra la legitimación sino los que prueben un interés actual en ello, y los ascendientes legítimos del padre o madre legitimantes; estos en sesenta días, contados desde que tuvieron conocimiento de la legitimación; aquellos en los trescientos días subsiguientes a la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho. Mediante sentencia C-310 de marzo 31 de 2004, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “trescientos días”, contenida en el inciso 2º del artículo 248 del Código Civil. No obstante que la sentencia hace un juicio de constitucionalidad sobre el artículo mencionado, en la parte resolutive por error de digitación citó el artículo 240 y no el 248 como correspondía.

⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de Agosto 25 de 2000.

En la actualidad, son causales de impugnación, según el artículo 248 Código Civil, modificado por el artículo 11 de la Ley 1060 de 2006, las siguientes:

En los demás casos podrá impugnarse la paternidad probando alguna de las causas siguientes:

1. Que el hijo no ha podido tener por padre al que pasa por tal.
2. Que el hijo no ha tenido por madre a la que pasa por tal, sujetándose esta alegación a lo dispuesto en el título 18 de la maternidad disputada.

No serán oídos contra la paternidad sino los que prueben un interés actual en ello, y los ascendientes de quienes se creen con derechos, durante los 140 días desde que tuvieron conocimiento de la paternidad.

5. PRUEBAS DE ADN

5.1 NOCIONES SOBRE REPRODUCCIÓN

La reproducción humana asistida se fundamenta en la inseminación artificial o extracópula y en la fecundación extracorporal o fertilización in vitro. Para comprender este asunto sobre la reproducción humana asistida, conviene tener en cuenta algunas nociones desarrolladas por De los Ríos Osorio⁴⁵ y Cañón Ramírez⁴⁶:

5.1.1 Fecundación asistida

Por tradición, el hijo se concibe como resultado de las relaciones sexuales o cópula fecundante entre el hombre y la mujer, de cuyos resultados proviene la concepción en el seno materno, sin embargo la fecundación asistida reemplaza y suple la cópula con o sin identidad del padre y aun de la madre biológica.

5.1.2 Inseminación artificial o extracópula

Prevía extracción del semen, el mismo es introducido, vía vaginal, en el cuello del útero (inseminación intracervical), o bien en el interior del útero (inseminación intrauterina).

Esta forma de inseminación (que reemplaza o evita la relación sexual) puede ser homóloga o heteróloga, distinción que resulta importante para los efectos jurídicos que sobrevienen según el estado civil de la mujer fecunda como adelante se observa.

⁴⁵ DE LOS RÍOS OSORIO, Soledad. Aspectos técnicos de la reproducción asistida. Medellín: Universidad de Antioquia, (S.F.). p. 3.

⁴⁶ CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo. Derecho Civil. Tomo II Vol. I Familia Bogotá: Editorial Presencia, 1995. p. 603.

5.1.2.1 Inseminación homóloga

Tiene ocurrencia cuando, siendo los cónyuges fértiles, la fecundación sin embargo no es posible mediante relación sexual (por la impotencia coeundi, por haber fallecido el marido previa extracción del semen o por cualquiera otra anomalía o impedimento –trastornos endocrinos o del metabolismo, alteraciones en el cuello del útero o secreciones vaginales que justifiquen tal inseminación-). El semen del marido, previa extracción y comprobación de su fertilidad, es inoculado en el útero (ya en el cuello, ya en su interior) desde donde inicia el proceso de fecundación natural.

5.1.2.2 Inseminación heteróloga

Este procedimiento tiene lugar cuando se presenta esterilidad en el hombre (por azoospermia o necropermia) o porque siendo fértil es portador de anomalías cromosómicas transmisibles por incompatibilidad del factor Rh, o bien porque se trate de madre soltera. Para la fecundación de la madre se inocular semen de un donante (diferente del marido). Por lo general, dicho semen se obtiene del banco en donde lo obtienen del respectivo donante, lo clasifican según sus características físicas, psíquicas e intelectuales de dicho donante (o sea el fenotipo o cromosomas de las células sexuales y las proteínas antigénicas de histocompatibilidad heredadas a través de los genes) y lo conservan fresco o congelado.

5.1.3 Fecundación in vitro o extracorporal

Se realiza cuando existe obstrucción de las trompas de Falopio, que impide el encuentro del espermatozoide con el óvulo. Previa la extracción de los óvulos (mediante laparoscopia o de punción folicular para aspirar el óvulo mediante ecografía), son fecundados con el semen del marido (en cuanto la mujer sea casada y el marido fértil), o de un tercero. Esta fecundación se realiza en laboratorio (In Vitro), desde donde –en número de 1 a 14 embriones- se

transportan al útero cuando ya están en condiciones de fijar su anidación o fijación.

5.1.4 Arrendamiento de vientre –maternidad subrogada

Consiste en la gestación del embrión fecundado con semen y óvulo de los cónyuges o con semen y óvulo de donantes, a petición de los cónyuges o de la madre delegante. Puede ser implantado en el útero de persona distinta a la madre biológica, bajo la condición de que al nacimiento sea regresado a tales padres biológicos o peticionarios (arrendamiento de vientre, de útero o maternidad delegada).

Esta forma de manipulación genética se justifica cuando la gestación resulta de alto riesgo para la integridad o la vida de la madre biológica, cuando en forma definitiva dicha madre no tiene predisposición natural para desarrollar la gestación que se ve obligada a contratar. Se presentan casos en los que los cónyuges, para evitar molestias, las huellas o impedimentos propios del embarazo, acuden al útero de la misma madre de uno de los dos cónyuges o suscriben contrato de maternidad delegada, lo cual genera conflictos de orden contractual (respecto de la validez o eficacia de dicho contrato), como de la filiación para el hijo así procreado. ¿Qué filiación tiene el hijo que es fruto de espermatozoide y óvulo de terceros donantes, cuya gestación se produce en el útero o vientre de la madre delegada, o si tal madre delegada es la madre de uno de los peticionarios o contratantes?

5.2 FIABILIDAD DE LA PRUEBA DE ADN

La Ley 75 de 1968 en su artículo 7º, modificado por la Ley 721 de 2001, artículo 1º, al disponer que en todos los juicios de investigación de paternidad o maternidad, el juez por iniciativa propia o a solicitud de parte deberá ordenar la

prueba que científicamente determine el índice de probabilidad superior al 99.9%, que será practicada al hijo y a sus ascendientes, así como a terceros indispensables para determinar los caracteres existentes entre el hijo y sus presuntos padres (análisis de sangre, evaluación de caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales que le son transmisibles), está dando una trascendental importancia a la prueba genética al permitir que no sea uno solo de esos caracteres que permita determinar la relación de parentesco, sino que sean todos en común, ya que los genes son los que determinan ese grupo.

La prueba genética de ADN que ordena la Ley 721 de 2001, que determina un índice de probabilidad superior al 99.9%, permitirá descartar la falibilidad de la actividad humana, que se puede dar por la manipulación inadecuada de las muestras, de los tubos de ensayo, de la rotulación errónea, uso incorrecto de marcadores, interpretación errónea de resultados; lo que genera que en la actualidad arroje un resultado de altísima confiabilidad pues su margen de error sería ínfimo, quizá de 0.0001% con lo que se logra con certeza demostrar esa filiación relacionada con el padre o la madre bien sea por proceso de filiación o de impugnación.

En la actualidad existen pronunciamientos jurisprudenciales que se inclinan por la prueba genética para darle un valor de plena prueba debido a su poco margen de error, pues la paternidad biológica es posible demostrarla como se dijo antes con una certeza casi absoluta, lo que no se lograría por otros medios probatorios al pretender demostrar la presunta relación sexual de los padres como podrían ser declaraciones, testimonios, cartas o mensajes escritos.

Al respecto se destaca el pronunciamiento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia⁴⁷, según el cual, hoy las probanzas indirectas no tienen el peso probatorio de las pruebas biológicas científicas. En el desarrollo de la filiación como institución jurídica y del derecho fundamental de toda persona a saber quiénes son sus padres, la ciencia ha prestado, quizá como en ningún otro campo, un innegable apoyo al derecho familiar y probatorio, al punto de escucharse hoy apresuradas voces que claman porque se defiera al experto y no al juez la declaración acerca de la paternidad o maternidad, cuando aquélla o ésta es impugnada o investigada, no sólo porque, al decir de algunos, ya no es menester contar con un acervo probatorio que permita “inferir” la paternidad o maternidad, sino porque la pregunta sobre la paternidad es, antes que jurídica, biológica, esto es, científica.

Se trata de resaltar, con la altura exacta a la que llega hoy la ciencia, que los avances de ésta, a pesar de no estar recogidos positiva o expresamente en la ley, no pueden echarse de menos, cuando es lo cierto que de las meras conjeturas e inferencias, por virtud de la ciencia se puede pasar hoy a una prueba directa de la filiación, prueba que, por lo demás, es de obligatoria práctica, según las voces del artículo 7º de la Ley 75 de 1968, que por cierto no contempla la prueba que acá sembró la duda, referida a la posible paternidad de un tercero, distinto del demandado. Es decir, se impone hoy la declaración de ciencia frente a la reconstrucción histórica, salvo que aquélla no sea posible obtener.

En efecto, este mismo proceso muestra cómo diversos y cada vez más seguros exámenes de paternidad se fueron implementando, al punto de llegar a uno que establece una paternidad en porcentaje superior al 99%. Pero este avance, que

⁴⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, sentencia de marzo 10 de 2000.

en Colombia se inició con las pruebas sobre grupos sanguíneos a que hizo referencia el legislador de 1968, y pasó por sistemas HLA⁴⁸ (clase I –serología- y clase I y II –molecular-), VNTR/RFLP, inserciones ALU, STR, cromosoma Y, no se ha recogido en la práctica judicial con la importancia que merece ni ha sido, la verdad sea dicha, comprendido en sus justos alcances. Y así se le ha dado (por una suerte de inercia que más que resistencia a los cambios denota un retraso que históricamente evidencia el derecho frente a la ciencia) más importancia probatoria a los medios que pueden llegar a acreditar la relación sexual, cuando miradas las cosas hoy con la ayuda que la ciencia presta, no puede ser éste el fin de la investigación judicial, dado que sólo es un paso –de varios posibles- para llegar a la paternidad.

Actualmente, con el avance de la ciencia se declara o se desestima la paternidad o maternidad con la prueba practicada en el ámbito de la genética, así, todos los asuntos relacionados con la filiación están estrechamente ligados a la genética y en ellos parecería que se diera a esta prueba genética el valor de plena prueba.

Todo esto significa que, aunque se averigüe a extremos sobre las relaciones sociales y afectivas surgidas entre los padres para probar sobre una relación sexual, es la prueba genética la que termina dando al juez la seguridad para definir y decidir sobre los juicios de filiación que determinen la paternidad o maternidad, bien sea positiva o negativamente.

⁴⁸ Esta sentencia menciona además la tradicional prueba de compatibilidad sanguínea denominada como sistema ABO. El examen HLA, clase II (sistema molecular basado en el ADN), consiste en la huella genética, única e irrepetible, según la cual, si aparecen en el hijo fragmentos del ADN que la madre no le ha dado y que tampoco corresponden al del presunto padre, entonces la paternidad queda excluida. Por el contrario, si la mitad del ADN del hijo es idéntico al del padre y el resto constituye el aporte de la madre, la paternidad queda comprobada.

Concluyendo sobre la certeza de la prueba genética, podemos decir que si con ella puede llegar a demostrarse sin ninguna duda la filiación de una persona en relación con sus padres, en la actualidad no sería necesario involucrarse en juicios absurdos que investiguen la paternidad, sólo bastaría que el juez la declarase a favor de aquella persona que logre demostrarla mediante la prueba genética.

5.3 PRUEBAS PERTINENTES PARA FUNDAMENTAR LA FILIACIÓN

En materia de filiación, para establecer la paternidad o maternidad los medios probatorios distintos a la prueba genética del ADN tienen un carácter subsidiario.

Según La Corte Constitucional⁴⁹, con los avances de la ciencia y la tecnología es posible llegar, no sólo a la exclusión de la paternidad, sino inclusive, a la atribución de ella, estableciendo con un alto grado de probabilidad, que el presunto padre lo es realmente respecto del hijo que se le imputa. Prueba biológica que asegura la confiabilidad y seguridad de su resultado.

El avance de la ciencia y la tecnología han convertido en obsoletas muchas de nuestras leyes y nuestros códigos en especial nuestro Código Civil que cumple ya 114 años de vigencia y que entre sus disposiciones consagraba una serie de presunciones para establecer la filiación que hoy por hoy han quedado atrás respecto del avance científico mediante las pruebas antro-po-heredo-biológicas; por eso nuestros legisladores pensando en adecuar las normas a las actuales circunstancias del mundo moderno y acorde a los fines esenciales del Estado, como en el presente caso, han modificado la Ley 75 de 1968 mediante la ahora

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C-807 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería.

demandada Ley 721 de 2001 imponiendo como obligatoria y oficiosa la prueba del ADN en los procesos de filiación para establecer la paternidad o maternidad, desplazando los demás medios de prueba los que han pasado a tener un carácter meramente subsidiario, esto es, que se recurrirá a éstas solamente cuando sea absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, como se prescribe en su artículo 3º.

De esta prueba científica podemos decir que en cuanto tiene que ver con el genoma humano, éste no es otra cosa que una información sobre cada persona, sobre su familia biológica y sobre la especie a la que pertenece; esta información genética está contenida en el ADN (ácido desoxirribonucleico) que se copia a sí mismo para poder conservarse y se transmite al ARN (ácido ribonucleico) dando lugar a la síntesis de proteínas.

Como quiera, que la constitución genética del ser humano se determina en el momento mismo de la fecundación, al dar origen a un ser multicelular, donde la información biológica hereditaria se contiene en forma de molécula química con características especiales y datos que contiene el ADN, entre otros, el grupo sanguíneo, las características morfológicas, las predisposiciones y otros que están predeterminados.

La información genética en cuanto a su contenido tiene una naturaleza dual, ya que de un lado, da lugar a la identificación individual y por el otro aporta la información de filiación que identifica de manera inequívoca la relación de un individuo con un grupo con quien tiene una relación directa.

El descubrimiento del ADN ha sido de gran ayuda para la administración de justicia, especialmente en los procesos de familia (demandas de filiación) y en los procesos penales (en relación con hechos que pueden dejar vestigios

biológicos del autor sobre la víctima, o en el lugar de comisión del hecho punible, también para la identificación de cadáveres) y esto por tratarse de una prueba de gran precisión por el grado de certeza que ofrece en el aspecto probatorio, de ahí que se le haya denominado “huella genética”.

5.3.1 Determinación de la filiación mediante exámenes

De acuerdo con el artículo 1° de la Ley 721 de 2001, que modificó el artículo 7° de la Ley 75 de 1968, en todos los procesos para establecer paternidad o maternidad el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.99%.

Para ello, la norma en cuestión determinó, entre otras cosas, que los laboratorios legalmente autorizados para la práctica de estos experticios deberán estar certificados por autoridad competente y de conformidad con los estándares internacionales. Además agrega que mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se utilizará la técnica del DNA con el uso de los marcadores genéticos necesarios para alcanzar el porcentaje de certeza de que trata el presente artículo.

Por su parte, el informe que se presenta al juez deberá contener como mínimo la siguiente información:

- a) Nombre e identificación completa de quienes fueron objeto de la prueba;
- b) Valores individuales y acumulados del índice de paternidad o maternidad y probabilidad;
- c) Breve descripción de la técnica y el procedimiento utilizado para rendir el dictamen;
- d) Frecuencias poblacionales utilizadas;
- e) Descripción del control de calidad del laboratorio.

5.3.2 Imposibilidad de desconocer la prueba de ADN

De acuerdo con la Corte Constitucional⁵⁰, para la ciencia, y en particular para la genética molecular, tanto la negación como la afirmación de la paternidad son inobjetables en el momento actual, lo que hace innecesario apelar a las nociones de tiempo en que pudo ocurrir la concepción con las imprecisiones que le son propias.

El artículo 3º de la Ley 721 de 2001 dispone que sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente. Significa ello que el juez sólo se encuentra facultado legalmente para dictar sentencia cuando de forma terminante, decisiva y categórica no le es posible conocer los resultados del experticio.

La actividad judicial exige, pues, como quedó dicho en las consideraciones generales de esta sentencia que en casos como el presente el juez despliegue una labor especialmente activa en relación con la consecución de la prueba antro-po-heredo-biológica. Es por ello que la Ley le confiere atribuciones en relación con la conducción del proceso y, en concreto, el poder de ordenación e instrucción de éste. Dicho poder se deriva de las normas consagradas en los artículos 37, numerales 1º y 4º, 38, numeral 3º y 39 numeral 1º del Código de Procedimiento Civil. El juez se encuentra, pues, facultado ampliamente para – es lo mínimo que se espera- solicitar información sobre el estado de la práctica de prueba a la entidad oficial a la que se le encomendó.

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia T-411 de 2004. M.P. Jaime Araújo Rentería.

5.4 APLICACIÓN DE LA LEY 721 DE 2001

La Ley 721 de 2001 ha generado, según muchos doctrinantes, un cúmulo de inquietudes sobre todo en los asuntos relacionados con la paternidad y la maternidad y es menester hacer un estudio detallado de la misma, en lo que se relaciona con las causas de la paternidad, los aspectos probatorios y los procedimientos para determinarla.

Es importante resaltar que ante la imposibilidad de determinar la paternidad por una prueba directa, el legislador determinó, como causa de la misma, los hechos que estructuran las presunciones, de ahí que el juicio de paternidad sólo estaba dirigido a demostrar el nexo de los hechos estructurales de la presunción invocada y en ningún momento a demostrar el nexo biológico existente entre la persona para quien se promueve el juicio de paternidad y el presunto padre.

El juez declaraba la paternidad si el padre había dado trato de tal a su presunto hijo, o había sido visto con su madre sosteniendo una relación afectiva o se comprobaban sus relaciones sexuales para el tiempo de la concepción, o se probaban durante el desarrollo del embarazo o el parto, que era lo que importaba en el ámbito social; también, y según el artículo 20 de la Ley 57 de 1887, si pese a que el hijo concebido durante el divorcio o la separación de cuerpos de sus padres se reputaba legítimo o si el marido por actos positivos lo reconocía como suyo.

Al limitarse las causas de la paternidad a los hechos que estructuraban las presunciones y los medios probatorios de éstas, se daba libertad a un aspecto determinado, sólo para demostrar que de los hechos se estructura la presunción, es así como la paternidad que se buscaba giraba únicamente en

torno al aspecto jurídicosocial establecido en la ley y no al aspecto biológico que es de gran relevancia en la actualidad.

Al modificarse el artículo 7º de la Ley 75 de 1968, por la Ley 721 de 2001, artículo 1º, para dar lugar a la inclusión de exámenes científicos para determinar la paternidad, la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, del día 22 de enero de 1998, mediante el cual declaró la inconstitucionalidad de la palabra “derecho”, y en otras sentencias, como la del 15 de enero de 1995 sobre el derecho fundamental de la filiación, así como diferentes sentencias de la sala civil de la Corte Suprema de Justicia; se ha establecido que hoy, atendiendo al avance y desarrollo de la ciencia, se puede obrar la causa directa que determina la paternidad o la maternidad. Con el dictamen del ADN puede probarse plenamente la paternidad o maternidad de un individuo con respecto a otro, debido a que su probabilidad conduce a certeza superior al 99.9%, pues el dictamen pericial hoy no sólo permite excluir sino incluir con un altísimo grado de certeza a quien es demandado como presunto padre.

La Ley 721 de 2001 fue expedida debido a que el legislador tuvo en cuenta los avances de la ciencia en cuanto a la transmisión de los caracteres hereditarios acogidos por la jurisprudencia nacional y consagró como causa de paternidad el nexo biológico dándole un privilegio sobre las otras previstas en la Ley 75 de 1968, sin hacer ninguna exclusión de ellas en particular.

De todo este análisis se puede colegir que el legislador, al emitir la nueva ley, modificó sustancialmente la Ley 75 de 1968, en cuanto le da marcada preeminencia al nexo biológico como causal de paternidad; casi pudiéramos decir que en la actualidad es el medio idóneo para determinar la paternidad o su impugnación, ya que los demás quedan relegados a un segundo plano y se

aplicarían en el evento de que no se disponga de la información de la prueba de ADN.

Luego de analizar el aspecto sustancial de la normatividad podemos hacer el análisis del aspecto probatorio. Antes de la Ley 721 de 2001, el solo hecho de partir de una presunción para determinar la paternidad, generaba una gran limitante para su comprobación, así exista libertad de medios para demostrar los hechos que basan las mismas.

La nueva ley en su artículo 1º ordena que en todos los procesos para establecer la paternidad o maternidad, se debe decretar de oficio la práctica de exámenes que determinen científicamente la probabilidad la paternidad en un 99.9%.

Ante la contundencia de la prueba de ADN, que arroja un resultado de probabilidad del 99.9% y los avances científicos que han llegado a tal demostración, la jurisprudencia y la doctrina han reelaborado su criterio admitiendo que ésta sola podía demostrar la paternidad o maternidad a manera inclusoria o exclusoria, y de ahí partió la ley para recoger estas apreciaciones.

Así pues, la prueba de ADN es suficiente para acreditar la paternidad o maternidad, porque si arroja alto grado de certeza, se tendría entonces como plena prueba, en todo caso sin considerarla como una tarifa legal, aunque inicialmente así lo había contemplado el legislador en el proyecto preliminar.

La prueba de ADN la debe ordenar el juez en todos los juicios de reclamación o impugnación de la filiación, sin exceptuar los procesos más antiguos.

Los peritos que han de realizar la prueba y emitir su dictamen varían según lo dispuesto por la ley, ya que según prevé el artículo 243, inciso 3º del Código de Procedimiento Civil, si el dictamen lo practican entidades oficiales, éstas no requerirán posesión, por el mero hecho de que como funcionarios públicos se encuentran legitimados para ejercer su función desde el momento de su posesión, lo que no ocurre con los peritos de los laboratorios acreditados y certificados, que sí deberán posesionarse de su cargo; y en relación al número de peritos, en el caso de los del Estado, no se necesita que sean dos, como lo determina por regla general el artículo 234 del Código de Procedimiento Civil, para los procesos de mayor cuantía, por cuanto éstos procesos no lo son.

Inicialmente se ordena la práctica de sólo un examen, pero acorde con lo establecido por el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, pueden ser dos; el segundo sería el que surge a raíz de la objeción o el que pide el juez para la aclaración o complementación del primero, si considera que éste no es suficiente para tomar una decisión.

El término para objetar el resultado del examen de ADN lo establece el artículo 4º de la Ley 721 de 2001:

Del resultado del examen con marcadores genéticos de ADN se correrá traslado a las partes por el término de tres (3) días, las cuales podrán solicitar dentro de este término la aclaración, modificación y objeción conforme lo establece el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil. La persona que solicite nuevamente la práctica de la prueba deberá asumir los costos en caso de no asumirlo no se decretará la prueba.

La frase subrayada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-807 de octubre 3 de 2002. El resto del inciso 2º del artículo 4º de la Ley 721 de 2001 fue declarado executable, entendiendo que para la práctica de la prueba el interesado debe suministrar lo necesario dentro

del término que señale el juez, conforme a lo previsto en la parte pertinente del artículo 236 del Código de Procedimiento Civil.

A continuación transcribimos apartes de la sentencia C-807 de 2002: Inexequibilidad de la expresión “en caso de no asumirlo no se decretará la prueba “contenida en el inciso 2º del artículo 4º de la Ley 721 de 2001: *“Precisamente, esa hipotética fractura procesal es la que tiene asiento en la segunda parte del inciso demandado “en caso de no asumirlo no se decretará la prueba”*⁵¹.

Desde luego que a persona alguna se le podría enervar su derecho a pedir pruebas bajo el argumento de la eventual insolvencia del solicitante, y mucho menos dentro del tema que nos ocupa. Antes bien, a partir del momento en que la persona goza de legitimación fáctica para actuar como demandante o demandada en un proceso –por este sólo hecho–, se encuentra habilitada para solicitar la práctica de pruebas de diferente estirpe cronológica, esto es, anticipadas o dentro del proceso mismo, pudiendo incluso pedir el traslado de otras pruebas que ya se hayan practicado en diferentes procesos. Por donde, el efecto del no pago de la prueba impetrada debe mirarse en un momento posterior al de su decreto, esto es: en el de su práctica. Lo cual encuentra su razón de ser en los numerales 7º y 9º del artículo 95 del ordenamiento superior, en desarrollo de los cuales, quien solicita la prueba (salvo en el amparo de pobreza) debe proveer lo necesario para que la administración de justicia pueda practicarla oportunamente. O lo que es igual, conforme al principio de igualdad frente a las cargas públicas la regla constitucional le impone un deber de colaboración económica a todas las personas, particularmente a partir del

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C-807 de 2002. Magistrado Ponente Dr. Jaime Araújo Rentería.

momento en que se hallan trabadas en una litis, sin perjuicio del amparo de pobreza que contempla la preceptiva vigente.

Así entonces, bajo el pretexto del no pago del costo resulta inconstitucional que se le deniegue a una persona el decreto de la prueba pericial que ha solicitado con base en su objeción por error grave del primer dictamen. Como que, a instancias del condicionamiento pecuniario previsto en el inciso demandado se está quebrantando el principio de la contradicción de la prueba, y por tanto, el debido proceso, al propio tiempo que se desatiende el carácter amplio del derecho de acceso a la justicia.

La expresión: “en caso de no asumirlo no se decretará la prueba”, según la Corte Constitucional⁵², encierra un desacato que conspira contra el rigor, la coherencia y el respeto debidos a los mandatos constitucionales ya mencionados. Por consiguiente, y en armonía con las reglas del Código de Procedimiento Civil, especialmente los numerales 5º y 6º del artículo 236 ibídem, esta corporación sólo declarará la exequibilidad parcial del segundo inciso del artículo 4º de la Ley 721 de 2001.

Una vez practicadas o aportadas las pruebas que conduzcan a demostrar la paternidad, el juez debe proceder a valorarlas según las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades descritas por la ley sustancial, para la existencia y validez de ciertos actos, según lo previsto por el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, que no sufrió modificación alguna.

Ante el avance de la ciencia, y la trascendencia de las pruebas genéticas, los jueces y fiscales han tenido que capacitarse en este campo para poder realizar

⁵² Ibid.

un estudio y valoración acertados de las pruebas que se practiquen en el área, y poder llegar a objetar los dictámenes rendidos por los peritos, los que terminan aceptando, ya que éstos son elaborados por profesionales idóneos que los practican en laboratorios debidamente acreditados y certificados, cualidades que deben estar garantizadas para el sano desenvolvimiento del proceso.

Los exámenes genéticos que ayudan a probar la paternidad positiva o negativa, según el caso, en principio son practicados por los laboratorios acreditados o certificados, pero también corresponde al Estado realizar estas pruebas a través de los institutos de medicina legal adscritos al Ministerio del Interior y de la Justicia, que prestan apoyo a las diferentes autoridades judiciales y administrativas, entre ellas el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para lograr salir avantes en los procesos de familia donde se pretende probar la paternidad o maternidad.

Aunque el artículo 1º, parágrafo 3º de la Ley 721 de 2001, habla de la prueba de ADN como un informe, éste realmente es un dictamen, ya que el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, se refiere sin ninguna duda a informe y peritazgos, siendo la prueba de ADN un típico dictamen, ya que como peritos, los que lo practican, realizan reconocimientos científicos, de los que dan cuenta ante el juez, al rendir sus dictámenes o experticios legales, quien los valora, ya que por no tener este conocimiento específico, lo acepta debido a las calidades relevantes de quienes lo suscriben.

Los honorarios que se cancelan a los peritos, y los gastos judiciales que genere la prueba practicada, debe asumirlos la parte solicitante, exceptuándose únicamente aquellos interesados que por razón de su situación económica los cobije el amparo de pobreza, que se entiende comprendido por la mera

declaración bajo juramento que hace el beneficiado y por quien el Estado asume los gastos generados, ya que el artículo 6º de la Ley 721 de 2001 estipula, que “En los procesos a que hace referencia la presente ley, el costo total del examen será sufragado por el Estado, sólo cuando se trate de personas a quienes se les haya concedido el amparo de pobreza. En los demás casos correrá por cuenta de quien solicite la prueba”; en caso contrario, los gastos, como se dijo antes, los cubre la parte interesada y si por sentencia se establece que la paternidad o maternidad, corresponde a la parte vencida en juicio, será esta la que asuma el costo de la prueba, debiendo por consiguiente rembolsar todos los gastos, incluso en los que haya incurrido la entidad que la practicó.

Si al momento de practicarse la prueba se presenta renuencia del citado para realizarla, La Ley 721 de 2001, en su artículo 3º estatuye que “Sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente“. A continuación transcribimos un pronunciamiento jurisprudencial al respecto de este tema.

“Medidas que puede tomar el juez con relación al presunto padre que se niega a concurrir al laboratorio para la práctica de la prueba genética: El indicio que el juez puede deducir contra el demandado en caso de renuencia, presupone que haya agotado –en lo posible- todos los mecanismos previstos en la ley para obtener el recaudo de la prueba...

En ese sentido, podrá el juez, preservando siempre la garantía constitucional a un debido proceso, el derecho de defensa y el respeto a la dignidad humana, sancionar sucesivamente con multa y, en su caso, arrestar a la persona renuente, en los términos y condiciones previstos en el numeral 1º del artículo

39 del Código de Procedimiento Civil, hasta que se avenga a colaborar en la práctica de la prueba. Podrá, así mismo, adelantar una inspección judicial sobre la persona del demandado, como expresamente lo autoriza el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, con el fin de practicar los exámenes respectivos (num. 5º, artículo 246, ib.) esto último, desde luego, con pleno respeto a la dignidad del individuo, como se acotó, sin coerción, violencia, fuerza o constreñimiento ilegal de ningún tipo, procurando, en todo caso, persuadir a la persona para obtener su asentimiento.

De igual manera, puede ordenar una inspección judicial al lugar de habitación o de trabajo de la persona, en orden a obtener objetos –o material humano- en los que pueda estar presente una huella biológica de la misma (cabellos, saliva, etc.), todo ello –conforme a las circunstancias- con el auxilio de los organismos del Estado especializados en ese laborío, para que, establecida claramente la pertenencia al sujeto requerido (autenticidad, en sentido lato), puedan ellos servir de soporte para verificar el examen pertinente. Más aún, con el fin de materializar el deber que tiene toda persona –incluidos los terceros- de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia (num. 7º, artículo 95, Constitución Política), el juez puede disponer que la prueba en cuestión se practique con los consanguíneos del presunto padre, de modo que, a partir de la determinación del perfil genético de éste, se posibilite la realización de aquélla, siendo claro que la renuencia de los parientes también da lugar a la adopción de medidas similares a las ya señaladas. En fin, puede el juez ordenar cualquier medida lícita –se reitera-, que en el marco del Estado social de derecho colombiano, le permite recaudar la prueba decretada, más allá de la negativa o de la renuencia del demandado –o de sus parientes- a practicarla, la que debe ser conjurada, en los términos ya expuestos, so pena de incurrir en una nulidad, como ya se advirtió.

Ahora bien, que el juez deba agotar los mecanismos legítimos que sean necesarios para *“recaudar la prueba pericial con referencia al ADN, no significa, con todo, que puedan diferir –indefinidamente- el fallo de los procesos de filiación hasta que se practique la prueba, pues semejante postura provocaría iguales o similares injusticias que aquellas que provoca la omisión de practicar las pruebas genéticas necesarias...”*⁵³.

El procedimiento para adelantar los procesos de inclusión o exclusión de la filiación se rigen por el artículo 11 de la Ley 75 de 1968 reformatorio del artículo 86 de la Ley 83 de 1946, que dice: “Del juicio de filiación natural de un menor conoce el juez de menores, empero muertos el presunto padre o hijo la acción solo podrá intentarse ante el juez civil competente por vía ordinaria”.

A su vez, el artículo 7º de la Ley 721 de 2001 preceptúa que “El Artículo 11 de la Ley 75 de 1968 quedará así: En todos los juicios de filiación de paternidad, o maternidad conocerá el juez competente del domicilio del menor, mediante un procedimiento especial preferente”, y el procedimiento que se ha de seguir se desarrolla según el artículo 8º de la Ley 721 de 2001, que consiste en que el juez decreta de oficio la prueba de ADN dentro del auto admisorio de la demanda, y corre traslado a las partes por el término de ocho días, y una vez practicada la prueba, procederá a decidir de fondo. Con la realización de la prueba de ADN, lo que se pretende es darle un carácter de suma importancia a ésta, que ha sido considerada como “prueba reina” dentro del proceso de filiación, por su extremada confiabilidad debido a que arroja un grado de certeza del 99.9%, sin dejar por ello de desconocer que en caso de presentarse objeciones, serán resueltas de acuerdo con los procedimientos determinados por la ley.

⁵³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de junio 28 de 2005.

5.5 ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN A LA FILIACIÓN MATRIMONIAL A LA LUZ DE LA LEY 1060 DE 2006

La entrada en vigencia de la ley 1060 del 26 de julio de 2006, modifica sustancialmente todo lo referente a la impugnación a la filiación matrimonial, dejando prácticamente resuelto todo el problema jurídico que se venía presentando con la legislación anterior.

Hace extensivas las situaciones, los términos y las personas legitimadas para impugnar la filiación matrimonial, a las uniones maritales de hecho, presentando el mismo tratamiento legal para ellas, sin embargo, de la lectura de la ley, se evidencia una situación que podría, a futuro, presentar inconvenientes, tanto conceptuales, como en la aplicación de la ley, y es que, aunque exista unión marital de hecho, la concepción se da por fuera del matrimonio y por lo tanto la relación resultante entre los padres y el hijo, sería la de una filiación extramatrimonial, la misma que se presentaría aunque no existiera unión marital de hecho, por lo que la aplicación de esta ley, en términos de impugnación a la filiación matrimonial, aunque mucho más favorable para el marido que la ley anterior, sería desventajosa para intentar la acción, en la situación de una unión marital de hecho, en relación con una situación en donde no exista dicha unión, ya que aquella estaría regida por el término de los 140 días luego del conocimiento del hecho de que no se es el padre biológico, mientras que en ésta, seguiría abierta la posibilidad para impugnar el reconocimiento en cualquier momento por parte del presunto padre.

Esta ley 1060 de 2006 modifica y deroga los siguientes artículos de Código Civil:

- Artículos modificados: 213, 214, 216, 217, 218, 219, 222, 223, 224, 248 y 337 del C.C.C.
- Artículos derogados: 215, 221, 336, del C.C.C., los artículos 5° y 6° de la ley 95 de 1890 y el artículo 3° de la ley 75 de 1968.

5.5.1 Casos en que se puede impugnar la filiación matrimonial

Según el artículo 2° de la ley 1060 de 2006, que modifica el artículo 214 del Código Civil, existen dos eventos en los cuales se puede impugnar la filiación matrimonial, la cual se hace extensiva a las situaciones en las que exista unión marital de hecho, y son excepciones a la presunción de que el hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes. Las situaciones apuntan a desvirtuar tal presunción y son las siguientes:

- Cuando el Cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre.
- Cuando en proceso de impugnación de la paternidad mediante prueba científica se desvirtúe esta presunción, en atención a lo consagrado en la Ley 721 de 2001.

La primera situación permite la posibilidad de desvirtuar esa presunción a través de cualquier medio probatorio, y la segunda, se refiere exclusivamente a la prueba científica de ADN estipulada por la ley 721 de 2001 como la prueba a utilizar en todos los procesos de este tipo, siempre que la ciencia no ofrezca mayores grados de certeza.

Esto abre las posibilidades a cualquier tipo de situaciones y no restringe la acción de impugnación a la filiación como lo hacía la legislación anterior en los

casos que ya hemos mencionado, como son el artículo 214 del C.C.C. y los artículo 5° y 6° de la ley 95 de 1890.

5.5.1.1 Diferenciación en la legislación anterior cuando se trataba de impugnar la filiación matrimonial con respecto a la filiación extramatrimonial

Con la legislación anterior, los eventos, los términos y las personas legitimadas para impugnar la filiación matrimonial, estaban claramente definidos en la ley, pero con las consecuencias jurídicas y sociales que se presentaban debido a las restricciones normativas para iniciar dicha acción, así por ejemplo, en el caso de que el presunto padre pretendiera iniciar la acción de impugnación a la filiación matrimonial contaba, según el artículo 217 del C.C.C., con sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del parto, siempre que lograra demostrar que, para la época que según el artículo 92 del C.C.C., estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a su mujer. Por otro lado, el artículo 5° de la ley 95 de 1890, estipulaba la posibilidad de impugnar la filiación matrimonial a favor del marido y en cualquier tiempo, siempre que existiera sentencia de divorcio por la causal de adulterio, más la prueba de que en la época para la cual se presumía la concepción, no hacía vida conyugal con su mujer.

Y la otra posibilidad que le presentaba esta ley al marido, era la estipulada en su artículo 6°, y era que el marido podía reclamar contra la legitimidad del hijo, siempre que el nacimiento se haya producido después del décimo mes siguiente al momento en que la mujer abandonó definitivamente el hogar conyugal, y con la condición que el marido no la haya vuelto a recibir. Mientras que se presentaban estas restricciones para la impugnación a la filiación matrimonial por parte del marido, en la impugnación a la filiación extramatrimonial, o impugnación al reconocimiento, por parte del padre, se

podía ejercitar esta acción en cualquier tiempo, con solo demostrar que el hijo no podía tener por padre al que pasaba por tal. Esta situación presentaba bastantes desventajas para el marido, en cuanto a la acción de impugnación a la filiación matrimonial y violaba ostensiblemente el derecho a la igualdad, por ser la ley tan restrictiva para un caso y tan laxa para otro.

5.5.1.2. Tratamiento de esta diferencia con la nueva ley 1060 de 2006

La ley 1060 de 2006, establece algunas diferencias en este aspecto, ya que según los artículos 1° y 2° que modificaron los artículos 213 y 214 del C.C.C. respectivamente preceptúan:

ARTÍCULO 1o. El artículo 213 del Código Civil quedará así: Artículo 213. El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad.

ARTÍCULO 2o. El artículo 214 del Código Civil quedará así: Artículo 214. El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes, excepto en los siguientes casos:

1. Cuando el Cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre.
2. Cuando en proceso de impugnación de la paternidad mediante prueba científica se desvirtúe esta presunción, en atención a lo consagrado en la Ley 721 de 2001.

Las leyes anteriores, no hacían referencia a la impugnación de la filiación respecto de las uniones maritales de hecho, lo cual es entendible puesto que

las uniones maritales de hecho se definieron con la ley 54 de 1990, mucho tiempo después de la entrada en vigencia de las leyes acerca de la impugnación a la filiación.

Ahora, la ley 1060 de 2006, toma el concepto de unión marital de hecho, asemejándola al matrimonio para efectos de presunción de paternidad, e impugnación en los mismos términos, lo que no se hacía con la legislación anterior, ya que, mientras el hijo no fuera concebido dentro del vínculo del matrimonio, se tendría como hijo extramatrimonial, lo cual operaba también en relación con las uniones maritales de hecho, permitiendo, de esta forma, que la impugnación al reconocimiento (filiación extramatrimonial) su pudiera efectuar en cualquier tiempo por parte del presunto padre.

Ahora, al darle la ley un trato semejante a la impugnación de la filiación matrimonial como a la que se refiere a las uniones maritales de hecho, establece a éstas, un término que no debía observarse con la legislación anterior.

5.5.2. Términos para impugnar

El artículo 4° de la ley 1060 de 2006, que modificó el artículo 216 del C.C.C., dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 4o. El artículo 216 del Código Civil quedará así: Artículo 216. Podrán impugnar la paternidad del hijo nacido durante el matrimonio o en vigencia de la unión marital de hecho, el cónyuge o compañero permanente y la madre, dentro de los ciento (140) días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológica.

Esta situación modifica sustancialmente la oportunidad para impugnar la paternidad que estaba contenida en el artículo 217 del C.C.C., ya que, este artículo estipulaba un término de sesenta días para el presunto padre, contados desde que tuvo conocimiento del parto, que podía coincidir o no, con el momento del nacimiento, lo que negaba totalmente cualquier posibilidad de impugnar, a futuro, por fuera de los supuestos contenidos en el artículo 214 del C.C.C., y los artículos 5° y 6° de la ley 95 de 1890.

Ahora, con la ley 1060, queda abierta la posibilidad para impugnar en cualquier momento, y por un término de 140 días contados desde el momento en que el presunto padre o madre, tengan conocimiento que quien pasa por hijo suyo, no es tal, teniendo en cuenta que, para estos efectos, se equiparan las situaciones en caso de matrimonio y de unión marital de hecho.

5.5.3 Personas legitimadas para impugnar

El artículo 4° de la ley 1060 de 2006, otorga esta posibilidad a los cónyuges o compañeros permanentes, desde el momento en que alguno de ellos tuvo conocimiento de que no es el padre o madre biológico(a), y por el término de los 140 días.

Por su parte, el artículo 5°, establece la posibilidad de impugnar la paternidad o maternidad, al hijo y en cualquier tiempo. El artículo 7°, permite la impugnación a los herederos, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 7o. El artículo 219 del Código Civil quedará así: Artículo 219. Los herederos podrán impugnar la paternidad o la maternidad desde el momento en que conocieron del fallecimiento del padre o la madre o con posterioridad a esta; o desde el momento en que conocieron del nacimiento del hijo, de lo contrario el término para impugnar será de 140 días. Pero cesará este derecho

si el padre o la madre hubieren reconocido expresamente al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público.

El artículo 8°, expresa que también podrán impugnar la paternidad o la maternidad, los ascendientes del padre o la madre, pero únicamente con posterioridad a la muerte de éstos y dentro de los 140 días subsiguientes al conocimiento de la muerte.

El artículo 11° en su inciso 4°, expresa que: “No serán oídos contra la paternidad sino los que prueben un interés actual en ello, y los ascendientes de quienes se creen con derechos, durante los 140 días desde que tuvieron conocimiento de la paternidad”.

Esta situación, abre la posibilidad a cualquier persona para impugnar, siempre que demuestre tener un interés actual en ello y que el hijo no ha podido tener por padre o madre a quienes pasan por tales, siempre que lo hagan dentro del término de los 140 días desde que tuvieron conocimiento de la paternidad.

6. LÍNEA JURISPRUDENCIAL

6.1 PROBLEMA JURÍDICO

¿La prueba de ADN que obra dentro de un proceso de impugnación de la paternidad constituye un elemento fundamental y único para la decisión que le corresponde tomar al juez, o por el contrario, el juez puede apreciar dicha prueba científica con otras pruebas que integran el acervo probatorio?

El artículo 2º de la Ley 1060 de 2006 (Por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad), modificó el artículo 214 del Código Civil, el cual quedó de la siguiente manera:

El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes, excepto en los siguientes casos: 1. Cuando el Cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre. 2. Cuando en proceso de impugnación de la paternidad mediante prueba científica se desvirtúe esta presunción, en atención a lo consagrado en la Ley 721 de 2001.

Al respecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-122-08 de 13 de febrero de 2008 (Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa), se pronunció sobre el aparte subrayado del artículo transcrito y lo declaró exequible, argumentando que la prueba científica que obra dentro de un proceso de impugnación de la paternidad constituye, sin duda alguna, un elemento fundamental para la decisión que le corresponde tomar al juez. Sin embargo, dado que la prueba de ADN no aporta un resultado irrefutable, el juez puede apreciar dicha prueba científica con otras pruebas que integran el acervo probatorio, con el fin de poder llegar a la decisión que le parezca la más ajustada a la normatividad y al expediente visto en su conjunto. Cabe resaltar

que en la norma acusada no se exige que el juez se atenga únicamente a lo probado de manera científica. La remisión a la Ley 721 de 2001 ha de entenderse al texto de la misma, interpretado en los términos fijados por la Corte Constitucional en las sentencias respectivas, en especial en la sentencia C-476 de 2005.

6.2 JURISPRUDENCIA

6.2.1 Sentencia C-109/95

La prevalencia del artículo 406 del estatuto civil no soluciona todos los problemas, puesto que en determinados casos puede suceder que el hijo de mujer casada únicamente impugne la presunción de paternidad, sin acumular tal acción a una reclamación de paternidad de un tercero. Por ello, esta sentencia extiende al hijo de mujer casada las causales con que cuenta hoy el marido para impugnar la presunción de paternidad, esto es, las previstas en los artículos 214 y 215 del Código Civil y en el artículo 5 de la Ley 95 de 1890. Esto significa que el hijo también podrá impugnar la presunción de paternidad si demuestra que durante los diez meses anteriores al parto, el marido no hizo vida conyugal con su mujer o estuvo en imposibilidad física de acceder a ella. Igualmente, en caso de demostrarse el adulterio de la mujer durante la época en que se presume ocurrida la concepción, el hijo podrá ejercer la acción de impugnación y se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que el marido no es el padre.

6.2.2 Sentencia C-595/96

Si la Constitución reconoce, en un pie de igualdad, la familia constituida por vínculos "naturales o jurídicos", no se ve cómo la inexistencia del matrimonio origine una "consanguinidad ilegítima", entendiéndose ésta como ilícita. La

igualdad de derechos de los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, establecida fue elevada a norma constitucional. Siendo esto así, el calificativo de ilegítimo dado a un parentesco, no tiene ninguna finalidad, pues sólo la tendría si implicara una diferencia en los derechos. La declaración de inexequibilidad carece de efectos prácticos. A juicio de la Corte, la declaración de inexequibilidad es razonable porque elimina la posibilidad de cualquier interpretación equivocada de la expresión "ilegítimo", y ratifica toda la jurisprudencia sobre la imposibilidad de trato discriminatorio por el origen familiar. La declaración de inexequibilidad no implica la desaparición de la afinidad extramatrimonial.

6.2.3 Sentencia C-1492/00

Si bien es verdad que en el estado actual de la ciencia es posible a través de la prueba antropoheredobiológica descartar la paternidad de un hombre respecto a alguien, así como establecer en muy alto grado de probabilidad quién es el padre de una persona, ello en nada se opone a la constitucionalidad del artículo 215 del Código Civil que ahora ocupa la atención de la Corte. No puede imponerse al marido que de manera ineludible acuda a la prueba genética aludida, pues ella es apenas una de las que pueden ser aducidas en el proceso de impugnación de la paternidad, sobre todo si se tiene en cuenta que en nuestro medio el principio que rige la materia es el de la libertad de medios probatorios, en virtud del cual pueden utilizarse en el proceso todos aquellos "que sean útiles para la formación del convencimiento del juez" (artículo 175 del Código de Procedimiento Civil), circunstancia esta que refuerza, aún más si se quiere, la conclusión a que se llega por la Corte sobre la constitucionalidad del artículo 215 del Código Civil, objeto de la demanda en este proceso.

6.2.4 Sentencia C-807/02

El legislador obligó al juez a decretar la prueba, que en el estado actual de la ciencia, es definitiva para que el niño pueda saber con exactitud quiénes son sus padres y esta prueba y su práctica no puede estar inicialmente condicionada a que el presunto padre o madre aporte recursos económicos para su práctica, ya que se dejaría el interés superior del niño constitucionalmente protegido y prevalente a merced de la voluntad del presunto progenitor. La primera prueba de ADN que impone el legislador debe ser practicada aunque los padres no suministren recursos económicos (y aunque los tengan) y el costo inicialmente debe asumirlo el Estado; sólo después que el Estado asuma el costo y se practique la primera prueba de ADN, es que entra a jugar el elemento económico: Si es pobre o no el presunto progenitor, si tiene recursos debe asumir el costo y se aplican las reglas sobre costas para saber finalmente quien paga y quien no paga la prueba. La Corte deja claramente establecido que la primera prueba se asume en su costo, inicialmente por el Estado, y éste la practica aunque el presunto padre tenga recursos económicos y se niegue a pagar lo que le corresponda. De no ser así el interés superior del niño quedaría a merced de la voluntad del presunto progenitor, a quien le bastaría con no suministrar los recursos, para que no se pudiera practicar la primera prueba de ADN e impedir que se le declare progenitor y no asumir sus obligaciones como padre. Esto sin perjuicio de que el Estado con posterioridad recupere lo gastado cuando resulte condenado el progenitor renuente o el que demandó a quien no era progenitor y deban reembolsarle los gastos.

La finalidad del Estado al imponer la prueba del ADN como obligatoria y única en los procesos de filiación, no es otra distinta a su interés de llegar a la verdad, de establecer quién es el verdadero padre o madre, a través de esta prueba por estar demostrado científicamente que su grado de certeza es del 99.99%.

6.2.5 Sentencia T-307/03

Tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso, tal como lo acreditan sus remotos orígenes.” Era allí, en el escenario del proceso de filiación en donde, a través de los recursos que le brindaba la ley, el demandante debió hacer valer sus reparos contra las decisiones judiciales que estimaba contrarias a derecho. El no haberlo hecho así, impide que por la vía de la tutela pretenda reabrir el debate, para controvertir la definición de unos derechos judicialmente declarados en cabeza de una menor y que se encuentran amparados por la institución de la cosa juzgada.

6.2.6 Sentencia T-997/03

La filiación guarda relación de conexidad con otros principios y derechos fundamentales como el reconocimiento de la dignidad humana o el libre desarrollo de la personalidad, por lo que puede hacerse exigible ante las autoridades judiciales a través de los procesos que para tal efecto han sido diseñados, siendo apenas legítimo esperar de las autoridades la definición de cuestiones de ésta índole con apoyo en pruebas válidamente recopiladas y en un lapso de tiempo razonable.

Los procesos de filiación presentan algunas particularidades en lo que tiene que ver con la necesidad de contar con la prueba genética de ADN. La idoneidad del examen antro-po-heredo-biológico ha sido reconocida por la comunidad científica para rechazar con absoluta certeza a los falsos imputados de paternidad o maternidad y para establecerla con una probabilidad del 99,999999%, según los dictámenes de autoridades en la materia que han sido avalados por la propia jurisprudencia constitucional. El hecho de que el Legislador haya considerado como obligatorio el decreto de esta prueba no

obedece a su capricho sino, por el contrario, responde a la necesidad de que las personas tengan una filiación acorde con la realidad.

Como director del proceso y por expreso mandato legal el juez está en la obligación de ordenar la prueba de ADN, pero su misión no se agota en ese momento sino que se fortalece con miras a lograr su realización y en aras de los principios de prevalencia del derecho sustancial y acceso efectivo a la administración de justicia. De manera que el juez está comprometido en alto grado con el éxito en la realización de la prueba de ADN, toda vez que puede echar mano de mecanismos como los requerimientos, los llamados de atención o incluso imponer sanciones ante la negligencia del demandado para acudir al laboratorio. Así mismo, tiene la potestad de requerir a los peritos para el cumplimiento de su labor relacionados con la prueba pericial, o imponer las sanciones previstas en caso de negligencia de los auxiliares de la justicia.

El propio ordenamiento acoge una postura que armoniza el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia y sin dilaciones injustificadas cuando falta el diagnóstico de ADN. En efecto, lo cierto es que existen otros medios de prueba a los cuales puede recurrir el juez para valorarlos al amparo de las reglas de la sana crítica y con fundamento en ellos determinar la existencia o no de ciertos hechos y el consecuente éxito o fracaso de las pretensiones. En consecuencia, la ausencia de dicha prueba no constituye un motivo para no dictar una sentencia de fondo por lo que, sin desconocer el altísimo grado de certeza que ofrece la prueba de ADN, el artículo 3º de la Ley 721 de 2001 autoriza al juez para recurrir a los demás elementos probatorios cuando no es posible contar con aquella información.

6.2.7 Sentencia C-310/04

El plazo para impugnar la legitimidad del hijo propiamente matrimonial es igual al plazo para impugnar la legitimación ipso jure de los hijos concebidos fuera del matrimonio pero nacidos dentro de él, y está legalmente fijado en sesenta días, que como regla general empiezan a contarse desde que se tiene conocimiento del nacimiento del hijo. Es decir, para todos los hijos que nacen dentro del matrimonio, el plazo para impugnar la paternidad el mismo de los sesenta días. La Corte declarará la inexecutable de la palabra “trescientos” contenida en el último inciso del artículo 248 del Código Civil, y la executable del resto de la expresión acusada, bajo el entendido según el cual los interesados en impugnar la legitimación distintos de los ascendientes legítimos del padre o madre legitimantes, para incoar la acción tendrán un plazo de sesenta días subsiguientes a la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho. Se debe tener presente que la Ley 1060 de 2006 modificó los términos respectivos.

6.2.8 Sentencia T-411/04

Dado el avance de la ciencia genética, y por la importancia de la filiación de la persona, la autoridad judicial no puede omitir el decreto de la indicada prueba. La Ley 721 de 2001 consagró dicha obligación al disponer que: “En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%.” Dado que el examen antro-po-heredo-biológico ha sido reconocido por la comunidad científica como el medio idóneo para excluir con absoluta certeza a los falsos imputados de paternidad o maternidad y para establecer éstas con una probabilidad del 99,999999%, dicha prueba guarda conformidad con lo dispuesto en la Ley 721 y siempre debe ser decretada. Como ya lo ha dicho esta Corte, y en ello se revela la importancia de que la prueba sea considerada científicamente idónea para establecer los

verdaderos vínculos de filiación de una persona, el simple hecho de establecer la realidad de la relación de filiación involucra la protección de una serie de derechos: la personalidad jurídica (art. 14 C. P.), derecho a tener una familia y formar parte de ella (arts. 5, 42 y 44 C. P.), derecho a tener un estado civil; además, cuando se trata de menores los derechos fundamentales de éstos adquieren un carácter prevalente (art. 44 C. P.), y en la mayoría de los casos es en relación con dichos menores que se demanda en busca de establecer quien es su verdadero padre o madre. De igual manera, esta Corte ha relacionado la necesidad de la prueba antro-po-heredo-biológica con lo establecido en el artículo 228 de la Constitución Política en relación con la prevalencia del derecho sustancial. Como director del proceso y por expreso mandato legal el juez está en la obligación de ordenar la prueba de ADN, pero su misión no se agota en ese momento sino que se proyecta a la realización de aquella, en aras de los principios de prevalencia del derecho sustancial y acceso efectivo a la administración de justicia.

Ha señalado esta Corporación, el principio de prevalencia estatuye el deber que tiene la autoridad judicial de proteger y salvaguardar las garantías individuales de las personas, en particular, en lo que se refiere a los derechos y libertades fundamentales, más allá del sometimiento a simples ritualidades y formalismos. La decisión rigurosa de declarar improcedente la acción de tutela cuando el actor no hizo uso del medio de defensa ordinario que tenía para hacer valer sus derechos, llevaría en determinados casos a que lo formal imperara sobre lo sustancial, pues, frente a la evidente violación de los derechos constitucionales fundamentales, prima la obligación estatal de garantizar la efectividad de los derechos, por encima de la exigencia de agotar los medios judiciales de defensa. De lo contrario, en aquellos eventos el juez de tutela estaría prestando su tácita aquiescencia frente a una vulneración de los derechos fundamentales de una persona, amparado en el subterfugio de la aplicación de una formalidad

que debe ceder ante el derecho sustancial, por constituir éste la razón de ser de aquella. De acuerdo con lo estatuido en el artículo 228 de la Constitución Nacional, y tal como quedó expuesto en los numerales anteriores de esta sentencia, prevalece el derecho sustancial sobre las simples formalidades. La finalidad de las reglas procesales es otorgar garantía de certeza a la demostración de los hechos que fundamentan el reconocimiento de los derechos sustanciales y este propósito claramente obtiene respaldo constitucional. Entonces, en el caso concreto, el proceso de filiación extramatrimonial, en general, y la obligatoria práctica y consideración de la prueba antro-po-heredo-biológica, en particular, deben garantizar la certeza de la demostración de unos hechos-la existencia o la inexistencia de la filiación-que fundamentan los derechos a la personalidad jurídica y al estado civil del demandante en aquel. Es inobjetable que el actor dentro de la presente acción de tutela es hijo del señor Ricardo Segundo Córdoba Morales. El medio probatorio primordial que da cuenta de ello no fue arrimado al proceso, es decir que fue omitida la prueba del hecho que da lugar al reconocimiento de derechos sustanciales del demandante. Esto, por causa de la negligencia que el Juez de conocimiento tuvo en su recaudo. En el ámbito del debido proceso, lo anterior debe ser comprendido en el espectro de lo que la doctrina de esta Corte ha denominado defecto fáctico. Como lo ha señalado la Corporación, este defecto comporta una dimensión omisiva que implica una falta en la producción o la valoración de pruebas determinantes de la veracidad de los hechos analizados por el juez y que, por consiguiente, obran como factores ineludibles en el reconocimiento del derecho sustancial. Consecuencialmente se configuró el llamado defecto sustantivo, en cuanto el Juez no aplicó las disposiciones que contemplan el reconocimiento de la condición de hijo, la cual acarrea derechos en el campo de las relaciones de familia, todo ello con manifiesta violación del ordenamiento jurídico.

6.2.9 Sentencia T-609/04

Aunque el párrafo transitorio del Decreto 2112 de 19 de julio de 2003 facultó al ICBF por el término de 1 año a partir de su vigencia, para contratar ciertos laboratorios públicos y/o privados que reunieran los requisitos de ley para la práctica del citado examen, ésta entidad no ha dado cabal cumplimiento a tal potestad, limitándose a indicar que tal proceso se encuentra en trámite y que se encuentra a la espera de su efectiva puesta en marcha. Para ésta Sala, tal actitud de la entidad accionada pone en evidencia una conducta negligente respecto a la responsabilidad social que le ha sido encomendada. No era suficiente entonces, con que el ICBF empezara a realizar los trámites para contratar los laboratorios respectivos, pues su labor consistía en ejecutar inmediata y efectivamente por el término de 1 año, la potestad contractual que le fue conferida.

6.2.10 Sentencia T-730/04

La Sala de Revisión comparte los argumentos expuestos por el juez constitucional de primera instancia, pues el auto de 16 de febrero del presente año, que la demandante acusa como constitutivo de una vía de hecho no lo es, pues no se dan los elementos que la doctrina constitucional ha estructurado como indispensables para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, es decir, que se esté ante la presencia de un defecto sustantivo, fáctico, procedimental u orgánico. El tribunal demandado, cuya autonomía e independencia se encuentran garantizadas por la Constitución Política (art. 228), consideró necesario el decreto de la prueba a que alude el auto cuya nulidad se solicita, con el fin de obtener mayores elementos de juicio que le permitieran establecer la verdad real del proceso de filiación sometido a su conocimiento, sin que ello pueda ser considerado como una actitud arbitraria o caprichosa, pues como lo expresa la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, el Código de Procedimiento Civil (arts. 179 y 180), faculta al juez o

magistrado para decretar pruebas de oficio que considere útiles para la verificación de las alegaciones de las partes.

6.2.11 Sentencia C-476/05

De lo dicho quedan establecidas dos conclusiones: a) la primera, que el legislador no le dio aceptación a la afirmación según la cual mediante exámenes científicos puede darse por establecida de manera indiscutible y sin probabilidades de error la paternidad o la maternidad, sino que, con la prudencia que le es propia a los humanos en materia tan delicada, se limitó a expresar que mediante la práctica de tales exámenes se determina un “índice de probabilidad superior al 99.9%”, que es distinto, como salta a la vista al ciento por ciento. El legislador dejó así abierta la posibilidad del error y respeta, de entrada, la autonomía judicial para la valoración de la prueba; y b) la segunda, que “el uso de los marcadores genéticos” para alcanzar ese porcentaje de certeza puede utilizar distintas técnicas, razón por la cual señala que “mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se utilizará la técnica del DNA”. Es decir, que tal utilización podrá abandonarse si en el futuro aparecen por los adelantos técnicos científicos otras técnicas que sean superiores. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que los marcadores genéticos en el examen del DNA, así como pueden ser indicativos de un índice de probabilidad de la paternidad o la maternidad superior al 99.9%, sirven igualmente para descartar por completo la relación paterno-filial o materno-filial cuando son negativos.

Mientras la situación no varíe hasta tal punto que la información de la prueba de ADN sea inequívoca y ofrezca certeza absoluta, puede recurrirse a otras pruebas para formar la convicción del juzgador, interpretación que resulta acorde con la finalidad de la ley y que sirve para armonizar sus distintas disposiciones. Así, no puede afirmarse válidamente que el legislador optó por

un regreso a la tarifa legal de pruebas para imponerle al juez certeza legal en lugar de la certeza judicial, como tampoco resulta de recibo concluir que se le impide al juzgador apreciar la prueba científica que se ha aludido con exclusión de las demás pues, al contrario, si esa prueba avanzada y de alto valor científico llega a establecer tan solo un alto “porcentaje de certeza” que constituye “índice de probabilidad” que incluso podría ser muy cercano al ciento por ciento, la práctica y la valoración de otros medios de prueba permiten una recta administración de justicia que no resulta violatoria del debido proceso ni en desmedro de la autonomía judicial.

el dictamen pericial a que se refiere la Ley 721 de 2001 se encuentra sometido, como cualquier otro, a las formalidades y a los requisitos de fondo exigidos por la ley y rige respecto del mismo el derecho de contradicción y la necesidad de la publicidad de la prueba, sin los cuales carece de validez. En tal virtud podrán las partes discutir, desde el principio, la idoneidad científica de quienes practiquen la prueba lo que incluye no solo a los profesionales sino a los laboratorios que actúen en la toma de las muestras que se requieran tanto respecto del padre presunto, de la mujer que se dice ser la madre, como del hijo cuya filiación se investigue y, cuando fuere el caso, de los parientes de estos e inclusive, podrá discutirse a cerca de estos y otros asuntos cuando hubiere necesidad de la exhumación de un cadáver para la práctica de tales exámenes. De igual manera, podrán las partes ejercer el derecho de recusar a los peritos cuando exista causal para ello y no se declaren impedidos; producido el dictamen, el juez tendrá el deber de ponerlo en su conocimiento para que puedan las partes pedir aclaración o complementación o, si fuere el caso, tacharlo por error grave. Será el juez entonces el que decida sobre tales solicitudes o sobre la impugnación de que fuere objeto el dictamen. Si opta por aceptar la tacha que se le formule, en ejercicio de sus atribuciones como director del proceso será de su competencia ordenar que se practique de nuevo

y por distintos peritos la prueba científica a que se ha hecho alusión en los procesos de filiación. Es decir, que por este aspecto tampoco puede afirmarse que desde el punto de vista constitucional se vulnere con esta prueba el derecho al debido proceso judicial.

6.2.12 Sentencia T-489/05

El Juez de Familia, ante la inconsistencia acerca de la identidad de la persona demandada en el proceso de investigación de paternidad, no adelantó de manera directa la práctica de prueba alguna tendiente a eliminar dicha duda, sino que se limitó a recibir algunos documentos por parte del I.S.S. y de la Defensora 15 de Familia del I.C.B.F. Así, la falta claridad absoluta acerca de la identidad del investigado, pudo haberse resuelto en su momento por el Juez, si éste hubiere practicado pruebas tan elementales como la planteada por la misma Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, consistente en el careo (Arts. 202 y 230 del C.P.C.), y ordenando, como le corresponde hacerlo, la práctica de una prueba de orden científico como jurisprudencialmente esta Corporación en fallos anteriores lo ha indicado. El Juez de Familia, al evidenciar la inexactitud del nombre de la persona demandada en el proceso de investigación de paternidad que había iniciado en su contra la señora, en lugar de actuar de manera diligente y ordenar la práctica de las pruebas conducentes a aclarar la duda sobre la identidad del investigado, mantuvo una actitud pasiva hasta proferir una decisión judicial que si bien puso fin al proceso, en la práctica se constituyó en una decisión imposible de cumplir y por lo mismo en una vía de hecho por la configuración de un defecto fáctico, siendo de su responsabilidad establecer la identidad de los menores, recurriendo a pruebas científicas de ser necesario.

6.2.13 Sentencia C-122/08

El actor plantea que la expresión acusada es inconstitucional, por cuanto (i) no permite utilizar medios probatorios diferentes a la prueba de ADN para desvirtuar la presunción de paternidad dentro un proceso de impugnación de la misma, y (ii) le concede un “valor probatorio absoluto” a la prueba científica del ADN y “la facultad de desvirtuar automáticamente” la presunción de paternidad, con lo cual impide que se valoren otras pruebas dentro del proceso.

El numeral primero del mismo artículo 2° de la Ley 1060 de 2006 establece que puede utilizarse cualquier prueba para tratar de desvirtuar la presunción de paternidad. Ciertamente, este numeral indica que no se reputará que el niño fue procreado en el matrimonio o en la unión conyugal “[c]uando el cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre”. Así, pues, el numeral acusado parcialmente, interpretado de manera sistemática, no impide que se acuda a medios de prueba diferentes a la prueba científica para desvirtuar la presunción de paternidad.

También el demandante reprocha la expresión demandada, por cuanto le confiere una certeza absoluta e irrefutable a la prueba científica para desvirtuar la presunción de paternidad, con lo cual le impide al juez valorar la prueba de ADN dentro de un contexto probatorio más amplio.

De acuerdo con la sentencia C-476 de 2005, el problema que plantea el actor ya fue resuelto por la Corte. Allí la Corte encontró que la misma ley 721 de 2001 establecía que la prueba de ADN brindaba un índice de probabilidad superior al 99.9%, lo cual supone que no existe una certeza absoluta acerca de la corrección del resultado y que, por consiguiente, existe la posibilidad de que el peritaje esté equivocado. Por eso, la Corte afirmó que “mientras la situación no varíe hasta tal punto que la información de la prueba de ADN sea inequívoca y

ofrezca certeza absoluta, puede recurrirse a otras pruebas para formar la convicción del juzgador, interpretación que resulta acorde con la finalidad de la ley y que sirve para armonizar sus distintas disposiciones.”

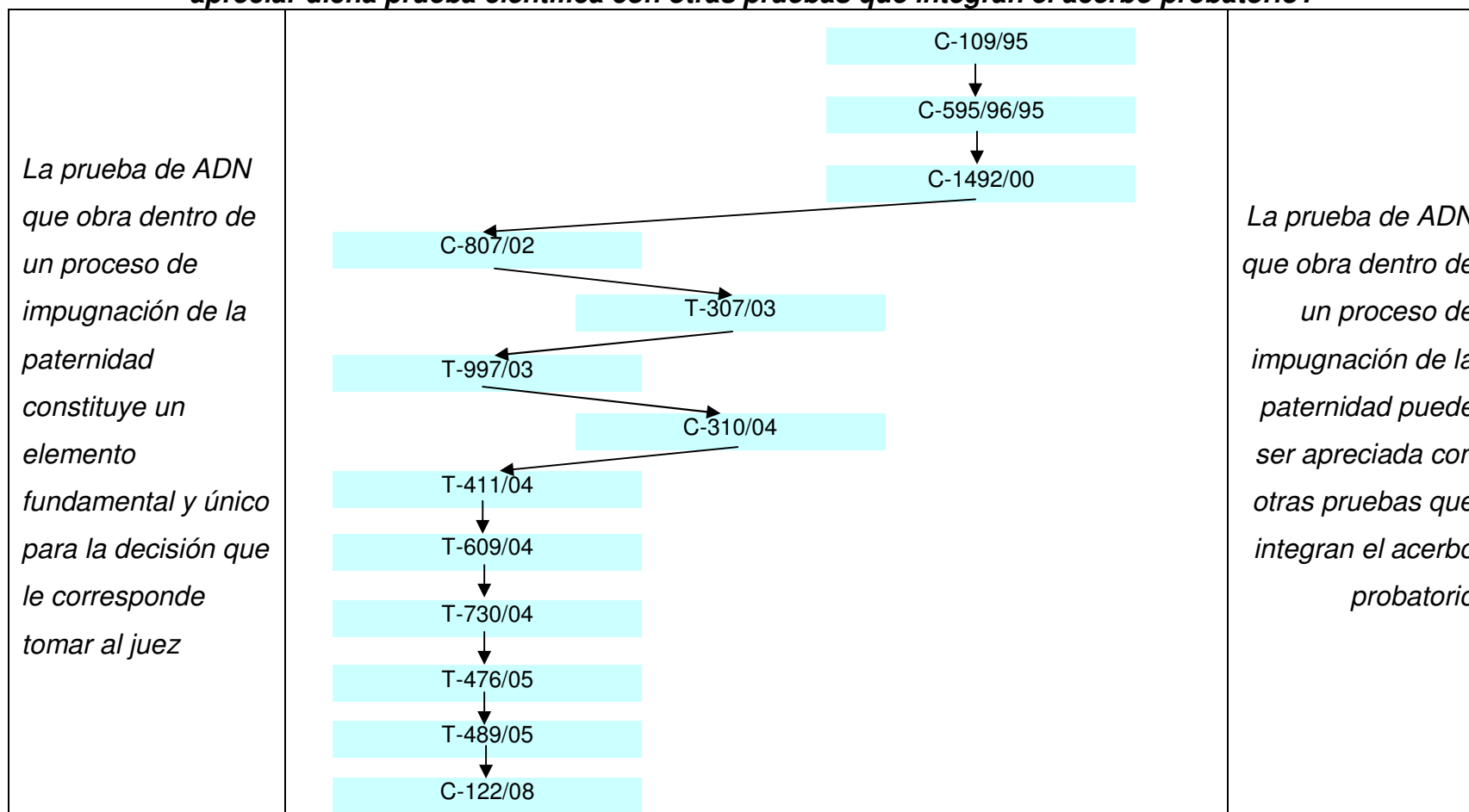
De esta manera, la Corte avaló que el juez valorara otras pruebas dentro del proceso, con lo cual negó que el legislador hubiera impuesto una especie de tarifa legal al respecto: Así, no puede afirmarse válidamente que el legislador optó por un regreso a la tarifa legal de pruebas para imponerle al juez certeza legal en lugar de la certeza judicial, como tampoco resulta de recibo concluir que se le impide al juzgador apreciar la prueba científica que se ha aludido con exclusión de las demás pues, al contrario, si esa prueba avanzada y de alto valor científico llega a establecer tan solo un alto “porcentaje de certeza” que constituye “índice de probabilidad” que incluso podría ser muy cercano al ciento por ciento, la práctica y la valoración de otros medios de prueba permiten una recta administración de justicia que no resulta violatoria del debido proceso ni en desmedro de la autonomía judicial. De allí que se hubiera declarado la constitucionalidad de las normas acusadas.

Pues bien, el razonamiento desarrollado en la sentencia C-476 de 2005 es completamente aplicable al presente proceso, y permite resolver un problema jurídico semejante, por lo cual se seguirá dicho precedente.

La prueba científica que obra dentro de un proceso de impugnación de la paternidad constituye, sin duda alguna, un elemento fundamental para la decisión que le corresponde tomar al juez. Sin embargo, dado que la prueba de ADN no aporta un resultado irrefutable, el juez puede apreciar dicha prueba científica con otras pruebas que integran el acerbo probatorio, con el fin de poder llegar a la decisión que le parezca la más ajustada a la normatividad y al

expediente visto en su conjunto. Cabe resaltar que en la norma acusada no se exige que el juez se atenga únicamente a lo probado de manera científica.

¿La prueba de ADN que obra dentro de un proceso de impugnación de la paternidad constituye un elemento fundamental y único para la decisión que le corresponde tomar al juez, o por el contrario, el juez puede apreciar dicha prueba científica con otras pruebas que integran el acerbo probatorio?



6.3 NARRATIVA DE LA LÍNEA

Como bien se sabe, la importancia de la filiación radica, no sólo en el derecho personalísimo de tener un padre y una madre que reconozcan al hijo como tal, sino que además, genera un atributo a la personalidad, ya que, una vez registrado el hijo, adquiere, para efectos civiles la calidad de persona, que lo hace sujeto susceptible de derechos y obligaciones. De allí se deriva la posibilidad de exigir alimentos a sus progenitores dando cumplimiento al artículo 44 de la Constitución Política, que regula todos los derechos que tienen los niños, además de la posibilidad de exigir derechos patrimoniales como el de heredar.

Ahora bien, debido a lo acertado de la prueba genética, la doctrina y la jurisprudencia han declinado en los últimos años a favor de ésta para admitirla como plena prueba, la cual no requeriría de ningún apoyo para demostrar la paternidad; no quiere decir esto que se descarten las demás presunciones legales, que igualmente conducen, pero con menos certeza, a determinarla.

Con miras a procurar la seguridad jurídica, el legislador estableció los términos de caducidad para entablar la acción de impugnación para el padre, en el artículo 216 del Código Civil, el cual estipula un término de ciento cuarenta días, contados a partir del momento en que éste tuvo conocimiento de que no es el padre, lo cual es un término corto para entablar la acción, que entraña un hecho tan trascendental para la vida de una persona, como es el esclarecimiento de su presunta paternidad.

Modificado por el artículo 4° de la Ley 1060 de 2006, el artículo 216 del Código Civil estipula que podrán impugnar la paternidad del hijo nacido durante el matrimonio o en vigencia de la unión marital de hecho, el cónyuge o compañero

permanente y la madre, dentro de los ciento (140) días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológico.

La facultad de impugnar también se le otorga al hijo, quien puede reclamar su filiación o impugnarla en cualquier momento; he ahí un derecho que entra en oposición al del marido o presunto padre, quien para impugnar la filiación sólo cuenta con términos perentorios, lo que no ocurre en relación con el hijo, quien puede impugnar esa filiación legítima irrogada por ministerio de la ley, en relación con la institución del matrimonio de sus padres, de la cual se deriva y que puede ejercer en cualquier momento.

Poniendo en claro que la Constitución Política y la ley pretenden con estos términos perentorios proteger la unidad, dignidad y estabilidad familiar, tanto como garantizar la seguridad jurídica, se evidencia un trato discriminatorio con respecto al padre.

Es de anotar que es aceptable que para reclamar la filiación por parte del hijo ésta se puede hacer en cualquier momento, ya sea por éste o por su madre, como representante legal del hijo en caso de que sea menor de edad, ya que se trata de un derecho fundamental emanado de la Constitución Política.

Es de anotar que estas son situaciones que fueron corregidas con la entrada en vigencia de la ley 1060 de 2006, con la salvedad que hace extensivas las situaciones, los términos y las personas legitimadas para impugnar la filiación matrimonial, a las uniones maritales de hecho, presentando el mismo tratamiento legal para ellas, sin embargo, de la lectura de la jurisprudencia, se evidencia una situación que podría, a futuro, presentar inconvenientes, tanto conceptuales, como en la aplicación de la ley, y es que, aunque exista unión marital de hecho, la concepción se da por fuera del matrimonio y por lo tanto la

relación resultante entre los padres y el hijo, sería la de una filiación extramatrimonial, la misma que se presentaría aunque no existiera unión marital de hecho, por lo que la aplicación de esta ley, en términos de impugnación a la filiación matrimonial, aunque mucho más favorable para el marido que la ley anterior, sería desventajosa para intentar la acción, en la situación de una unión marital de hecho, en relación con una situación en donde no exista dicha unión, ya que aquella estaría regida por el término de los 140 días luego del conocimiento del hecho de que no se es el padre biológico, mientras que en ésta, seguiría abierta la posibilidad para impugnar el reconocimiento en cualquier momento por parte del presunto padre.

7. CONCLUSIONES

Como bien se sabe, la importancia de la filiación radica, no sólo en el derecho personalísimo de tener un padre y una madre que reconozcan al hijo como tal, sino que además, genera un atributo a la personalidad, ya que, una vez registrado el hijo, adquiere, para efectos civiles, la calidad de persona jurídica, que lo hace sujeto susceptible de derechos y obligaciones. De allí se deriva la posibilidad de exigir alimentos a sus progenitores dando cumplimiento al artículo 44 de la Constitución Política, que regula todos los derechos que tienen los niños, además de la posibilidad de exigir derechos patrimoniales como el de heredar.

Ahora bien, debido a lo acertado de la prueba genética, la doctrina y la jurisprudencia han declinado en los últimos años a favor de ésta para admitirla como plena prueba, la cual no requeriría de ningún apoyo para demostrar la paternidad; no quiere decir esto que se descarten las demás presunciones legales, que igualmente conducen, pero con menos certeza, a determinarla.

Con miras a procurar la seguridad jurídica, el legislador estableció los términos de caducidad para entablar la acción de impugnación para el padre, en el artículo 216 del Código Civil, el cual estipula un periodo de 140 días (anteriormente era de apenas 60 días), lo cual en nuestro parecer es un término corto para entablar la acción, que entraña un hecho tan trascendental para la vida de una persona, como es el esclarecimiento de su presunta paternidad.

La facultad de impugnar también se le otorga al hijo, quien puede reclamar su filiación o impugnarla en cualquier momento; he ahí un derecho que entra en oposición al del marido o presunto padre, quien para impugnar la filiación sólo

cuenta con términos perentorios, lo que no ocurre en relación con el hijo, quien puede impugnar esa filiación legítima irrogada por ministerio de la ley, en relación con la institución del matrimonio de sus padres, de la cual se deriva y que puede ejercer en cualquier momento.

Poniendo en claro que la Constitución Política y la ley pretenden con estos términos perentorios proteger la unidad, dignidad y estabilidad familiar, tanto como garantizar la seguridad jurídica, es posible determinar en todo caso que se evidencia un trato discriminatorio con respecto al padre.

Es de anotar que es aceptable que para reclamar la filiación por parte del hijo ésta se puede hacer en cualquier momento, ya sea por éste o por su madre, como representante legal del hijo en caso de que sea menor de edad, ya que se trata de un derecho fundamental emanado de la Constitución Política.

Es de anotar que estas son situaciones que fueron corregidas con la entrada en vigencia de la ley 1060 de 2006, con la salvedad que hace extensivas las situaciones, los términos y las personas legitimadas para impugnar la filiación matrimonial, a las uniones maritales de hecho, presentando el mismo tratamiento legal para ellas, sin embargo, de la lectura de la ley, se evidencia una situación que podría, a futuro, presentar inconvenientes, tanto conceptuales, como en la aplicación de la ley, y es que, aunque exista unión marital de hecho, la concepción se da por fuera del matrimonio y por lo tanto la relación resultante entre los padres y el hijo, sería la de una filiación extramatrimonial, la misma que se presentaría aunque no existiera unión marital de hecho, por lo que la aplicación de esta ley, en términos de impugnación a la filiación matrimonial, aunque mucho más favorable para el marido que la ley anterior, sería desventajosa para intentar la acción, en la situación de una unión marital de hecho, en relación con una situación en donde no exista dicha unión,

ya que aquella estaría regida por el término de los 140 días luego del conocimiento del hecho de que no se es el padre biológico, mientras que en ésta, seguiría abierta la posibilidad para impugnar el reconocimiento en cualquier momento por parte del presunto padre.

BIBLIOGRAFÍA

BERNAL DE AFANADOR, Silvia y BUITRAGO, Margarita. Impugnación de la paternidad legítima. Bogotá: (S.E.), 2001. 75 – 103 p.

CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo. Derecho Civil. Tomo II Vol. I Familia Bogotá: Editorial Presencia, 1995. 306 p.

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Versión online:
http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/codigo/codigo_civil.html [Consulta permanente].

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL COLOMBIANO. Versión online:
http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/codigo/codigo_procedimiento_civil.html [Consulta permanente].

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Versión online:
http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html [Consulta permanente].

CORAL BORRERO, M. et al. La Familia en la Constitución Nacional de 1991. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley Ltda., 2002. 356 p.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C-807 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C-595 de 1996. M.P. Jorge Arango Mejía.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C-109 de 1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia T-411 de 2004. M.P. Jaime Araújo Rentería.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de junio 19 de 1975.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil, del 30 de julio, y del 9 y 22 de octubre de 1976.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de Octubre 18 de 2000.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de febrero 20 de 1958.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de febrero 18 de 2004.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de febrero 24 de 1970.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de Septiembre 22 de 1978.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de Febrero 3 de 1998.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de Agosto 25 de 2000.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de Marzo 10 de 2000.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de junio 28 de 2005.

GARCÍA SARMIENTO, E. Derecho de Familia en el Código del Menor. Bogotá: Editorial Librería el foro de la justicia Ltda., 1992. 143 p.

GIRALDO CASTAÑO, Jesael Antonio. Comentarios a la Ley 721 de 2001 sobre prueba de ADN. En: Revista Nueva Época. Bogotá. 2002 119–133 p.

JARAMILLO OSORIO, G. Derecho de Familia y de Menores. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 1991. 525 p.

MÉNDEZ, Rosa. Acciones Judiciales de Determinación e Impugnación de la Filiación. 2001. 108 – 122 p.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de familia. Santa Fe de Bogotá: Jurídica Wilches. 1996. 347 p.

MONTOYA ECHEVERRI, G. Introducción al Derecho de Familia. Medellín: Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2001. 210 p.

MUÑOZ BOLÍVAR, Adriana María; PARRA GALEANO, Hugo Alberto y RHENALS PÉREZ, Daniel de Jesús. La protección de la familia a partir de la Constitución de 1991 en Colombia. Medellín, 1999. (S.P.).

PINZÓN, Martínez, José. El legítimo contradictor en los juicios de la filiación natural. En: Revista Universitas Santa Fe de Bogotá. N° 98 2000. 333-346 p.

PITTÍ G., U. El Derecho de Familia. En: Rev. Derecho de Familia Número I. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1995. p. 11-15.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Legislación.

Ley 57 de 1887.

Ley 95 de 1890.

Ley 45 de 1936.

Ley 75 de 1968.

Ley 5ª de 1975.

Ley 29 de 1982.

Ley 83 de 1985.

Ley 54 de 1989.

Decreto 2272 de 1989.

Ley 721 de 2001.

Ley 1060 de 2006.

SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de familia. Bogotá: Temis, 1999. 2 t.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil Tomo VI. Bogotá: Ed. Temis, 2000. 2 t.